

بسم الله وبعد: تم الرفع بحمد الله من طرف

بن عيسى قرمزلي متخرج من جامعة المدية

تخصص: إعلام آلي

التخصص الثاني: حفظ التراث بنفس الجامعة

1983/08/28 بالمدية – الجزائر-

للتواصل وطلب المذكرات

هاتف : +213(0)771.08.79.69

بريدي إلكتروني: benaissa.inf@gmail.com

MSN: benaissa.inf@hotmail.com

فيس بوك: http://www.facebook.com/benaissa.inf

اشترك بقيمة رمزية معنا لنشر العلم ((قُلْ إِنَّ رَبِّي يَبْسُطُ الرِّزْقَ لِمَن يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَيَقْدِرُ لَهُ وَمَا أَنفَقْتُم مِّن شَيْءٍ فَهُوَ يُخْلِفُهُ وَهُوَ خَيْرُ الرَّازِقِينَ)) [سبأ : 39]

حساب جاري:

CC 76650 81 CLE 51

M.KERMEZLI BENAISSA

دعوة صالحة بظهر الغيب فربما يصلك ملفي وأنا في التراب ....

أن يعفو عنا وأن يدخلنا جنته وأن يرزقنا الإخلاص في القول والعمل..

ملاحظة: أي طالب أو باحث يضع نسخ لصق لكامل المذكرة ثم يزعم أن المذكرة له فحسبنا الله وسوف يسأل يوم القيامة وما هدفنا إلا النفع حيث كان لا أن نتبنى أعمال الغير والله الموفق وهو نعم المولى ونعم الوكيل....

صل على النبي – سبحان الله وبحمدك سبحان الله العظيم-

بن عيسى قرمزلي 2013

جامعة الجزائر

معهد الحقوق والعلوم الإدارية

إتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري

بحث لنيل شهادة الماجستير في
القانون الدولي والعلاقات الدولية

إعداد :
نور الدين بكلي

تحت إشراف:
د : علي مبروكين

السنة الجامعية : 1995– 1996

بسم الله الرحمان الرحيم

الإهداء :

إلى روح والدي العزيز .
إلى كل صداقة وفية غرست في الثقة و الأمل
إلى الذين صنعوا مجد الوطن و عزة الشعب و حريته
لهذا الوطن و من أجله .

جدول المصطلحات الواردة في الرسالة

ج ر : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ص : الصفحة

م س : مرجع سابق ، مقال سابق

- Art : Article

B. I. R. D. : Banque international pour la reçonstruction et de dévoloppement
B U L L . civ : Bulletin trimestrielle de droit civil
C C I : Chambre de commerce internationale
CIRDI : Centre international pour le règlement des différents relatifs aux investissement
CLunet : journal du droit international
C.N.U.C.E D : Conférence des nations-Unis sur le commerce et le dévoloppement
C.N.U.D.C.I : Commission des nations- unis pour le droit commercial international
D.I.P : Droit international privé
J.CL. Dr. int : juris-classeur pèriodique droit international
OPU : office des publication Universitaires, Alger
L.G.D.J : Librairie Générale de droit et de jurisprudence
RCADI : Receuil des cours de L'Acadèmie de droit international de lahaye
R ou Rév : Revue.
Rev. ALG : Revue Algérienne des sciences juridiques Economiques et politique.
Rèv. Arb : Revue de L'Arbitrage .
Rev. Crit : Revue critique de droit international privé
Rev. D.I.D.C : Revue de droit international de droit comparé

مقدمة :

تظهر أهمية التحكيم في وقتنا الحاضر في العدد الهائل من النزاعات المعروضة أمام الهيئات التحكيمية الدولية ، كما تظهر في العقود الاقتصادية الدولية و الاتفاقيات، منها تلك التي تبرمها الدولة الجزائرية أو هيئاتها الإدارية أو الاقتصادية مع أطراف أجنبية، و التي تحمل أغلبيتها في طياتها شرط التحكيم، لما يمنحه من مزايا للأطراف.

أقصد باتفاق التحكيم، الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بإخضاع النزاع للتحكيم، و يأخذ اتفاق التحكيم شكلين سواء يكون على صورة شرط تحكيمي، و يخص النزاعات التي يمكن أن تثور في المستقبل أو على صورة مشارطة التحكيم التي تخص النزاعات المطروحة بعد إبرام العقد .

كما تجسدت أهمية التحكيم الدولي في القانون الجزائري في الأحكام الجديدة التي تخص هذا النظام في حل المنازعات، و هذا بسبب التحولات الاقتصادية في الجزائر و اتجاهها نحو اقتصاد السوق الذي جعلها تغير الكثير من المواقف التي كانت تتمسك بها، ربما كان هذا منطقيا علما بأن الجزائر كانت تتبنى النظام الاشتراكي المتناقض تماما مع النظام الليبرالي، الذي تريد تحقيقه، و من هذه المواقف موقفها اتجاه التحكيم التجاري الدولي.

يعتبر اتفاق التحكيم هو الحجر الأساس أو الضوء الأخضر الذي يمنحه العقد للأطراف للجوء لهذه التقنية لحل نزاعاتهم و باعتباره يعكس موقف الأطراف في حل النزاع، و يرتب أثارا مهمة بالنسبة لمصير العقد و النزاعات التي تثور بشأنه.

الجزائر بعد الاستقلال - كدولة حديثة النشأة غيورة على سيادتها التي تقتضي فرضها على إقليمها وعلى شعبها و منها سلطتها القضائية - عارضت فكرة التحكيم الدولي، و جعلت المحاكم الوطنية و القانون الجزائري هما المختصان في حل المنازعات اذا كان أحد أطرافها جزائريا، لأنها ترى في التحكيم الدولي وسيلة إمبريالية لحماية المصالح الغربية، على حساب المصالح الوطنية خاصة اذا علمنا بأن المؤسسات التحكيمية الدولية تهيمن عليها الدول الغربية.

و قد سايرت بهذا الموقف الذي اتخذته الدول النامية عموما و بعض الدول الغربية و بالخصوص الدول العربية، بعد أن تأكدت هذه النظرة في العديد من القرارات التحكيمية التي كانت فيها الدول العربية ضحية لانحياز المحكم إلى الطرف الغربي على حساب مصالحها.

إلا أن الموقف السياسي و القانوني الجزائري لم يكونا متناسقين مع التطبيق والممارسة الجزائرية، بحيث أن المؤسسات الجزائرية سواء الإدارية منها أو الاقتصادية قد أبرمت عقودا اقتصادية مع أطراف أجنبية تتضمن أغلبيتها شرط التحكيم، و هو ما يطرح تساؤل حول مصير المادة 442 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية ؟ التي تمنع الأشخاص الإعتبارية العمومية من اللجوء إلى التحكيم .

إن هذا التناقض – إن صح التعبير – بين المبادئ والممارسة يثير عدة استفسارات حول الأساس القانوني لوجود هذا الاتفاق التحكيمي في هذه العقود ؟ و ما مدى مشروعية هذا التناقض و طبيعة القواعد التي يخرقها مثل هذا الاتفاق ؟

كما أظهر فراغا قانونيا واضحا في قانون الإجراءات المدنية، مما صدر حديثا تعديل هذا القانون بموجب المرسوم التشريعي رقم 93 – 09 المؤرخ في 25 أفريل 1993 ليغطي هذا العجز يتناول باب خاص بالتحكيم الدولي.

من أهم المبادئ التي تحكم اتفاق التحكيم هو مبدأ الاستقلالية عن العقد الأصلي، و يرتب آثارا مهمة و خطيرة سواء تعلق الأمر بمصير العقد مباشرة و القانون الواجب التطبيق عليه، أو غير مباشرة و المتعلقة باختصاص المحكم في النظر في اختصاصه، كما يذهب مبدأ الاستقلالية إلى أبعد من ذلك بتقديم إستقلاليته عن أي قانون وطني و إرساء مبدأ صحة اتفاق التحكيم، و يرجع الفضل للقضاء الفرنسي في إرساء هذه القاعدة التي أصبحت مصدرا لتشريعات حديثة، كما أخذ المشرع الجزائري بهذه القاعدة كتكريس لمبدأ الاستقلالية دون أي تحفظات مما يثير التساؤل حول مصير القواعد الآمرة الجزائرية و المصالح الوطنية لدولة في طريق النمو .

و قد اعتمدنا نسبيا في جانب معين من البحث، على طريقة البحث التاريخي التي أنصبت أساسا على التطور التاريخي للقاعدة القانونية في مجال التحكيم للأهمية التي أوليها لتطور فلسفة القانون الجزائري و ربما المشكل الذي نعانيه في الجزائر هو في تناسق تطور القاعدة القانونية ، و تأصيل فلسفة خاصة بالقانون الجزائري.

كما أنه لا يمكن القيام بدارسة قانونية تخص قانوننا الوطني دون لجوء إلى دراسة مقارنة مع خبرة القانون المقارن و تطبيقاته ، خاصة و أن القانون الدولي للتحكيم أصبح لا يعترف بالحدود و الجنسية ، إلي جانب النقص الكبير في القوانين الجزائرية و خاصة الاجتهاد القضائي الجزائري كما أنه لا يجب أن أقف في وصف هذه القواعد القانونية و تطبيقاتها و إنما يجب الوقوف في مزاياها و مساوئها ، سواءا بالنسبة لمستوى تطور الفكر القانوني بصفة عامة ومدى فعاليتها في تنظيم و حل النزاعات الخاصة بالعلاقات الاقتصادية الدولية ، و مدى اتساقها و توافقها مع مصالح دولة نامية ، و عدم قبولها كوسائل لتجسيد التبعية الاقتصادية بتبعية قانونية ، و هو ما يجعلنا نعتمد المنهج التحليلي.

و تبقى الدراسات السابقة في موضوع التحكيم الدولي بصفة عامة و اتفاق التحكيم بصفة خاصة ناقصة خاصة تلك المكتوبة باللغة العربية فهي منعدمة ، و معظم الكتاب بالفرنسية في هذا المجال يفضلون المقالات و الدراسات القصيرة على الدراسات الموسعة و المعمقة ، خاصة و أن موضوع التحكيم التجاري الدولي في الجزائر موضوعا جديدا .

إن غموض موضوع التحكيم للكثير وحداثته في الجزائر ، جعلني ألقى الضوء باختصار على مفهوم التحكيم و طبيعته من جهة و تعريفات إتفاق التحكيم و طبيعته القانونية التي تشكل إشكالية جزئية جوهرية من من الناحية النظرية و التطبيقية من جهة أخرى . و هو ما يسهل لنا الدخول في الدراسة التطبيقية بعد ذلك بدراسة تطوروموقف المشرع الجزائري الذي تتسم مسيرته بمرحلتين ، مرحلة المعارضة و مرحلة الانفتاح ، و المسائل التي تطرحها كل مرحلة منها ، و هي دراسة ضرورية لأنها تشكل قاعدة الانطلاق للتغيير الجديد في القانون الجزائري ثم إشكاليات التطبيق الجزائري لاتفاق التحكيم في مرحلة معينة ، و الحلول المقترحة لها . و لا يمكننا و نحن بصدد دراسة هذا الموضوع إهمال دراسة النظام القانوني لاتفاق التحكيم.

ولعل التساؤل الذي يطرح بصدد دراسة اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري هو :
ما مدى مسايرة القانون الجزائري فيما يخص اتفاق التحكيم الدولي للتطبيق الجزائري من جهة و لقواعد التحكيم التجاري الدولي من جهة أخرى ؟

و سأتناول الموضوع في بابين رئيسيين، خصصنا (الباب الأول) لاتفاق التحكيم التجاري الدولي و موقف المشرع الجزائري منه تطرقنا في (الفصل الأول) منه لاتفاق التحكيم و طبيعته أما(الفصل الثاني)فتناولنا اتفاق التحكيم في الجزائر الموقف و الإشكالية . أما (الباب الثاني) فموضوعه النظام القانوني لاتفاق التحكيم و سأتطرق فيه لمبدأ ا استقلالية اتفاق التحكيم (فصل أول) و للقانون الواجب التطبيق و صحة اتفاق التحكيم (فصل ثاني) و أنهينا هذه الدراسة بتسجيل خلاصة شاملة أبرزنا فيها أوجه القصور، و الأوجه الإيجابية مقترحين ملاحظات لذلك.

الباب الأول . اتفاق التحكيم التجاري الدولي و موقف المشرع الجزائري منه.

تحديد و تقسيم:

قبل عرض القواعد القانونية التي تحكم اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، و الإشكاليات المطروحة في مجال الممارسة الجزائرية في العقود الاقتصادية الدولية، و قبل التطرق إلي مدى تكريس القواعد الموضوعية للاجتهاد القضائي و التي أصبحت قواعد دولية للتحكيم من قبل القانون الجزائري، و لكي نتمكن من معرفة كيف يلعب التحكيم دوره كاملا في مجال فض المنازعات التجارية الدولية يجب أن نلقي الضوء على فكرة التحكيم ذاتها و تحديد طبيعتها بحيث يعتبر اتفاق التحكيم أساس وجودها و لا يمكن لنا التطرق لاتفاق التحكيم دون تفهم لفلسفة التحكيم و معرفة وجهات النظرة بصدده ثم ننتقل للتطرق إلي اتفاق التحكيم تعريفاته و نظامه القانوني سواء في القواعد الدولية أو في القانون الجزائري والممارسة الجزائرية. و بعد ذلك دراسة الإشكالية التي كانت مطروحة و ما تزال على مستوى التطبيق و سأتناول هذا الباب في فصلين .

اتفاق التحكيم و طبيعته (الفصل الأول) و اتفاق التحكيم في الجزائر الموقف و الإشكالية (الفصل الثاني)

- راجع في هذا الموضوع :

أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ص 209 ــ
ـسامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، منشأة المعاريف القاهرة ، 1984 ص 6 و ما يليها ، ــ زروقي الطيب النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري و المقارن ، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر 1991 ص 12 و 358 وما يليها ـ نور الدين بن الشيخ ، شرط التحكيم في العقود الإقتصادية الدولية ، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1986

-- Mohamed Béjaoui, l'évolution des conceptions et de la pratique algérienne en matière d'arbitrage international,(S. A. C. I) Alger 1992 .
-- Ch. Carbier, l'évolution de l'arbitrage commercial international RC. ADI Lahay 1960, P 125
-- Ph. fouchard, l'arbitrage commercial international, librairie, Dalloz Paris 1965 P 50 et sui
-- Robert Martin, préface (UIA) Arbitrage commercial international, Paris Dalloz 19. P4 et sui
-- Ch. Jarrasson, la nation d'arbitrage LGDJ Paris 1987 P369
-- J-Rbert arbitrage civile et commercial idition, Sirey, Paris 1961 Page : 7 et sui.

الفصل الأول . اتفاق التحكيم و طبيعته.

سوف أتطرق لموضوع اتفاق التحكيم و طبيعته ، بتحديد مفهوم التحكيم (المبحث الأول) و تعريف إتفاق التحكيم و طبيعته (المبحث الثاني)

المبحث الأول : مفهوم التحكيم و طبيعته .

لقد تعددت الآراء الفقهية في تحديد مفهوم التحكيم و تعريفه ، كما اختلفت فيما يتعلق بطبيعته القانونية فمنهم من يصبغه بطبيعة قضائية ، وآخرون يرون طبيعته التعاقدية و قبل التطرق إلي هذه المفاهيم التي كانت كنتيجة لتطور دور التحكيم و أهميته يجب أن أتطرق لهذا الموضوع الأخير ولتطور النظام القانوني للتحكيم.

المطلب الأول:.أهمية التحكيم و تطور نظامه القانوني

الفرع الأول : دور التحكيم.

أن النشاط التجاري و الاقتصادي قديم قدم المجتمع البشري ، و أن وجود تجمعات سكانية في مناطق مختلفة من العالم ، و اختلاف الطبيعة الجيولوجية و المناخية و حتى الإنسانية ، أدى إلي نشوء علاقات و مبادلات، أخذت تتطور من منطقة محددة إلي مناطق أخرى من العالم ، و اتسعت هذه النشاطات كما تعقدت و أخذت الصفة الدولية كما أن هذه العلاقات من شأنها أن تنشئ نزاعات تجعل الأطراف تبحث للوصول إلي حل لهذه النزاعات ، فتجد أمامها حلين إما اللجوء إلي القضاء الوطني أو اللجوء إلي التحكيم ، فأما القضاء العادي فالدولة هي التي تقوم بتنظيمه فهو يمثل عدالة الدولة .

و أما التحكيم فيديره أشخاص عاديون و من ثمة فهو يمثل عدالة خاصة.

فيلسوف اليوناني أر سطو قال في الروطوريك Rhotorique إن أطراف النزاع سيتطبعون تفضيل التحكيم عن القضاء ذلك لأن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع(1) و هذا ما يؤكده فقهاء العصر الحديث حيث يقول ر. دافيد R. DAVID أن تطور التحكيم واتساع مجاله هو بمثابة رد

---

1 -- Ch. Carabier L'évolution de L'arbitrage Commercial international, RCADI, Lahay, 1960, P 125

فعل مضاد لحرفية قانون القضاة، و يعبر عن رغبة أطراف المنازعة في التخلص منه فيما تحل منازعتهم طبقا لمبادئ أكثر رحابة من تلك التي يتضمنها القانون الوضعي(1) .

كما يظهر دور التحكيم و أهميته في واقع العقود الدولية فلا تكاد تخلو إحدى تلك العقود من النص على شرط الاختصاص القضائي .

و جعله لصالح التحكيم. بل أن العقود النمطية أو النموذجية و الشروط العامة تنص صراحة في بنودها على إعطاء سلطة الفصل في منازعتها لهيئة التحكيم (2) و هذا ما نلاحظه في العقود الدولية التي تبرمها شركة «سوناطراك» حيث تنص على شرط التحكيم و اللجوء إلي نظام التحكيم التأسيسي أمام غرفة التجارة الدولية. (3)

وبما أن التحكيم يتحرر إلي حد ما من القواعد الجامدة و لا نجاوز الحقيقة اذا قلنا القواعد البدائية في القوانين الوطنية،فان الأمل معقود عليه في إيجاد الحلول الملائمة لمنازعات العقود الدولية الحديثة كالعقود الصناعية مثل . إقامة المصانع و عقود التوريد و المصانع الجاهزة التسليم و عقود المفتاح في اليد و عقود نقل التكنولوجية(4)

---

1 ـ باقتباس : أبوزيد رضوان ، الأسس العامة للتحكيم ، دار الفكر العربي ص 3

2 ـــ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية القاهرة 1989 ص : 201

3 -- Mohamed Bejaoui « l'évolution des conceptions et de la pratique Algerienne en matiere d' arbitrage intenational » Sminaire Sur L'arbitrage Commercial, Alger, 14 - 16 Décembre P 19

4 ـ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ، ص 209

لقد أخذت العلاقات التجارية الدولية تبتعد رويدا رويدا عن سيطرة قانون الدولة Droit étatique لتحكم و تنظم بقواعد ذات أصل مهني (1) Dorigine professionel
و قواعد عرفية، حيث يلعب التحكيم التجاري الدولي دورا بارزا كوسيلة لتأكيد قانون " مجتمع التجار " Lex Mercatoria " على الصعيد الدولي. و لقد أصبح التحكيم التجاري الدولي نظاما قضائيا عالميا يعلو فوق النظم القضائية الوطنية، كما أنه تغلب إلي حد ما على عدم الثقة الناجمة عن اختلاف النظم الاقتصادية والسياسية للمتعاملين في التجارة الدولية و يذهب بعض الفقهاء إلي القول بأن الدور الذي يقوم به التحكيم الدولي قد تخطى بكثيرذلك الدور الذي تقوم به القواعد الوطنية لحل مشكل تنازع القوانين التي تكاد تفقد ضرورتها تماما نتيجة لتوحيد القواعد القانونية الموضوعية للتجارة الدولية من خلال فعالية شرط أو اتفاق التحكيم (2) أن دور و أهمية اتفاق التحكيم جعله يتطور بوثيرة سريعة و هو ما سوف نتناوله.

الفرع الثاني : تطور النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي:

آن ما يؤكد أهمية التحكيم و دوره في حل منازعات التجارة الدولية هو اهتمام الدول في تطوير قواعده و صياغة قانون دولي للتحكيم أكثر ملائمة مع طبيعة التجارة الدولية و هذا ما تولد نتيجة لتراكم قواعد إتفاقية دولية منذ القرن الماضي، حيث أبرمت بشأنه الكثير من الاتفاقيات و البروتوكولات الدولية كما نشير إلي أن بعض هذه الاتفاقيات قد خصت اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم لأهميته بالنسبة لنظام التحكيم ، و هذه الاتفاقيات هي :

اتفاقية منتيفيديو (الأرجواي) الموقعة بتاريخ 8 يناير 1889 و المعدلة بتاريخ 19 مارس 1940 الخاصة بقانون الإجراءات التي تسرى على التحكيم ، و بروتوكول جنيف في 24 سبتمبر 1923 و الخاص بشرط التحكيم ، و قد تم تحت إشراف عصبة الأمم المتحدة ، و اتفاقية جنيف في 26 ديسمبر 1927 الخاصة بتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، واتفاقية نيويورك 1958 التي حلت محل

...

---

1 ـ ومن هذه القواعد تلك التي وضعتها العقود النموذجية ، و التي هي عبارة عن صيغ مكتوبة تتضمن القواعد التي تحدد آثار البيع مثلا، بشكل عام ، أي حقوقه و إلتزاماته ، و غالبا ما تقوم بوضع هذه الصيغ ، الجمعيات التجارية و النقابات المهنية ، التي يعنيها الأمر مباشرة .
حمزة حداد ، قانون التجارة الدولي ، الدار المتحدة للنشر ، بيروت 1980 ص 12

2 ـ أبو زيد رضوان ، الأسس العامة للتحكيم المرجع السابق ص 10 .

الاتفاقيـة الأولـى و الخاصـة بـالإعتراف و تنفيذ القرارات التحكيميـة الأجنبيـة (1) و هـي مـن أهـم الاتفاقيات، و الاتفاقيـة الخاصـة بتسوية المنازعـات المتعلقـة بالاستثمارات بين الدول و رعايـا الـدول الأخرى (2) الموقعة بتـاريخ 17 مـارس 1965 و قبلهـا الاتفاقيـة الأوروبيـة الموقعـة بجنيف فـي 21 أفريل 1961 و الترتيبات Arrangements المتعلقة بتطبيـق هـذه الاتفاقيـة و الموقعـة فـي 17 ديسـمبر 1962

و اتفاقية الشروط العامة لسنة 1968 التي تحكم توريد البضائع و التـي تسري علـى دول "الكوميكـون" سابقا و" معاهدة موسكو" الموقعة في 29 ماي 1972 بخصوص تسوية المنازعات عن طريق التحكيم بين الدول الاشتراكية.

أما بالنسبة للجهود العربية في موضوع التحكيم فقد عقدت اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الـدول المضيفة للاستثمارات العربية و بين مواطني الدول العربية الأخرى الموقعـة بتـاريخ 10 يونيـو 1974 و كذلك اتفاقية التعاون القضائي التي دخلت حيز التطبيق في 30 أكتوبر 1983 ، و التي تسمى باتفاقية الرياض (3) و أخيرا اتفاقية عمان المسماة بالاتفاقية العربية لعمان حول التحكيم التجاري و التي تدخل حيز التطبيق عندما يكتمل انضمام سبع دول إليها (4) نتيجة لهذا التطـور القـانوني مـن خـلال الاتفاقيـة الدولية انتشرت مراكز و هيئات دائمة للتحكيم التجاري الدولي فـي الـدول الرأسـمالية و كـذا فـي الـدول الاشتراكية و مبادرة الدول العربية (5).هذا فضلا عن محكمـة التحكيـم التابعـة لغرفـة التجـارة الدوليـة و غيرهـا مـن الهيئـات المحليـة و الإقليميـة. ممـا دعـى لجنـة اللأمـم المتحـدة للقـانون التجـاري الدولـي للاهتمام بموضوع التحكيم لكنها اصطدمت بواقع التناقضات على المستوى العالمي بيـن دول الاقتصـاد المخطط أي الدول الرأسمالية كما يوجد اختلاف حتى بين هذه الدول الأخيرة بعضها البعض.

---

1 ـ صادقت الجزائر على إتفاقية نيويورك بالمرسوم رقم 88 ـ 233 مؤرخ في 25 ربيـع الأول عـام 1409 الموافق لـ 5 نوفمبر سنة 1988

2 ـ نصت الجزائر في عدة إتفاقيات دولية مثلا إتفاقيـة الجزائر مـع الإتحـاد البلجيكـي ـ الليكسـمبوغي على تطبيق هذه الإتفاقية.

3 ـ لقد أمضت الدولة الجزائرية على إتفاقية الرياض في 6 أفريل 1983

4 ـ أمضت الجزائر على هذه الإتفاقية في 6 أفريل 1983

5 ـ الأمر الذي تعزم إتفاقية عمان تحقيقه بإنشاء " مركز عربي للتحكيم " في الرباط

المطلب الثاني : تعريف التحكيم وطبيعته

الفرع الأول : تعريف التحكيم

يصعب تعريف التحكيم باعتباره دوليا و تجاريا، أن التعاريف الخاصة بتحديد مفهوم التحكيم متشابهة عموما و أنها لا توضح فكرة التحكيم بالرجوع إلي مفهوم واضح وبسيط، لكن بالعكس فهي تحاول تعريفه بإبراز خصائصه (1) بحيث يعرفه الأستاذ «روني دافيد» كمايلي : " التحكيم تقنية تهدف لإعطاء حلول لمسألة تهم العلاقة بين شخصين أو أكثر من طرف شخص أو أشخاص آخرين- المحكم أو المحكمين- الذين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص و يتأسسون على أساس هذا الاتفاق دون أن يكونوا مكلفين بهده المهمة من طرف الدولة " (2) إلي جانب هذا التعريف العام يمكن إدراج تعريف الأستاذ «شارل جراسون» " Ch - Jarrosson " بمايلي: " التحكيم هو النظام الذي تقوم بفضله أطراف أجنبية بفض النزاع الذي يثور بين الطرفين أو أكثر تطبيقا للمهمة القضائية التي أسندت إليهم من قبل الأطراف " و يعرف الأستاذ «فيليب فوشار» Ph Fouchard التحكيم بقوله " يتفق الأطراف عن طريق التحكيم بإحالة نزاعاتهم ليفصل فيها أشخاص يختارونهم " (3) كما يعرفه الأستاذ "جون روبير" " Jean Robert " نقصد بالتحكيم إرساء عدالة خاصة بفضلها نقوم بإحالة النزاعات من قضاء القانون العام للفصل فيها من قبل الأفراد" (4).

في القانون المقارن نجد مثلا في سويسرا الأستاذين "لاليف " P Lalive " و " مرسي" P Mercier يعرفان التحكيم " بأنه عبارة عن طريقة خاصة لحل النزاعات على أساس اتفاق الطرفين و يتميز بإحالة النزاع إلي أشخاص عاديين يتم اختيارهم مباشرة أو غير مباشرة من قبل الأطراف " (5) هذا و قد استعمل مصطلح التحكيم التجاري الدولي رسميا عند انعقاد مؤتمر الأمم المتحدة حول التحكيم التجاري

1- - Ch - Jarrosson, La notion d'arbitrage. LGD J, Paris, 1987 P 369

2- - René Davide, Arbitrage, Commercial international, économica Paris, 1982, P

3- - ph Fouchard, L'arbitrage Commercial international J - CL droit international, Fasc 585 - 1 1989

4- - Jean Rebert, Arbitrage Civil et Commercial idition Sirey, Paris, 1961, Page : 7 .

5 – فيليب فوشار المرجع السابق (J- CL dr. int Fasc 585 - 1)

الدولي بنيويورك بتاريخ 20 ماي إلي 10 جوان 1958 و التي تخص الإمضاء على اتفاقية دولية مهمة و هي اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد و تنفيذ القرارات الأجنبية (1).

لم يأت قانون الإجراءات المدنية الجزائري بتعريف للتحكيم سواء في القانون القديم أو في التعديل الجديد الذي اكتفى فيه بتحديد معيار اعتبار التحكيم دوليا المادة 458 مكرر.

وأخيرا أدرج تعريف الفقيه أحمد عبد الكريم سلامة للتحكيم التجاري الدولي بمايلي : "التحكيم هو نظام قضائي خاص، يختار فيه الأطراف قضاتهم و يعهدون إليهم بمقتضى اتفاق أو شرط خاص مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل، بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية، ذات الطابع الدولي و التي يجوز تسويتها بطرق التحكيم، بإنزال حكم القانون عليها و إصدار قرار قضائي ملزما لهم"(2).

من هذه التعاريف المختلفة نلاحظ :

- أن أغلبية فقهاء القانون الداخلي يعطون للتحكيم طابع العمومية و يعرفونه بصفة عامة دون محاولة التمييز بين التحكيم المدني و التحكيم التجاري و التحكيم الداخلي و الدولي إلي غيرها من المميزات .

و نلاحظ أيضا أهمية اتفاق التحكيم في تحديد مفهوم التحكيم بحيث يعتبر هو أساس هذا النظام القضائي الخاص و مركز ثقل فيه، Centre de Gravité.

كما نستخلص من خلال التعاريف السابقة خاصة الأخير بروز طبيعته القضائية باعتباره قضاءا خاصا موازيا للقضاء العام أو قضاء الدولة و طابعه الدولي لأنه يتعدى حدود الجنسية الواحدة و الطابع التعاقدي التجاري حيث يتميز عن غيره من المواد التي يمكن التحكيم فيها.

بعد سرد مختلف التعاريف نطرح التساؤل فيما يخص طبيعة التحكيم ؟

الفرع الثاني : طبيعة التحكيم :

1- الطبيعة القضائية :

استعمل المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي في التعديل الجديد الخاص بقانون الإجراءات

---

1 -- Ph . Fouchard Arbitrage Commercial international Librairie Dalloz Paris 1965 P 4

2 - أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ص .

المدنية و الذي يتناول الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي (1) عبارة " تفصل المحكمة التحكيمية في النزاع " المادة 458مكرر14 . إن هذه العبارة تظهر لنا الطبيعة القضائية للتحكيم و كذا المادة 458 مكرر 16 فقرة 2 استعملت مصطلح " الحكم بعد صدوره يكون حائزا بقوة الشيء المقضي به المتعلق بالنزاع الذي فصل فيه "، تبين لنا اتجاه نية المشرع إلى تحديد الطبيعة القضائية للتحكيم و التي كرسها القانون الجزائري الجديد و ترتب اثارا مهمة منها :

1- حكم المحكم إجباري :

أي أن الحكم يفرض على أطراف النزاع و بفضل طبيعته هذه يمكن تمييز التحكيم عن غيره من الإجراءات مثل المصالحة لان المصالح مثل الوسيط يحاول فقط تقريب أطراف النزاع لكن لا يستطيع على خلاف المحكم أن يفرض نظامه الذي لا يمكن تحقيقه إلا باتفاق الطرفين كما تفرق بين التحكيم و تدخل المهندس في عقود المهندسين المستشارين و كذلك بين التحكيم و الخبرة حيث أن الخبير يعين من طرف القاضي كتقني ليوضح له بعض المسائل الفنية لهذا لا يقدم سوى وجهة نظر (2) .

2- حكم المحكم يفصل في النزاع :

إن هذه الميزة تؤكد لنا الطبيعة القضائية لمهمة القاضي فيجب على المحكمين الفصل في النزاع المعروض عليهم و قول حكم القانون أي تحديد حقوق و واجبات كل طرف "dire le droit" بالحكم عليهم أو الحكم على أحدهم و هي مهمة خاصة بالقاضي لكنه قاضي خاص (3)

الأساس الاتفاقي للتحكيم :

ان هذه العدالة الخاصة و التي تتمثل في التحكيم مصدرها اتفاقي بحيث نلاحظ أن سلطة القضاء التي منحت للمحكم أساسها اتفاق ارادتين هذه الفكرة كانت مقبولة من طرف الفقه في القانون الداخلي و تأكدت من قبل الاجتهاد القضائي في المسائل الدولية (4)،لقد ثار جدل فقهي حول طبيعة نظام التحكيم أهو من طبيعة اتفاقية ـ بغض النظر عن الطبيعة النظرية لهذا الجدل الفقهي ـ : .

---

(1) ـ المرسوم التشريعي رقم 93 ـ 09 الصادر في 25 أفريل 1993 يعدل و يتمم الأمر رقم 66 ـ 154 الصادر في : 25 أفريل 1993

2 ـ فيليب فوشار، المرجع السابق (J - CL DI Fasc 585 - 1)

3 -- -- Ph Fouchard, L'arbitrage Commercial, Librairie Dalloz Paris, 1965, P 4 -- 8 .

4 ـ فيليب فوشار، نفس المرجع ص : 8

إلا أن لهذ التساءل نتائج معتبرة لا سيما من حيث الاختصاص التشريعي الدولي أو تحديد القانون الواجب التطبيق (1) على موضوع النزاع و عند طلب تنفيذ قرار التحكيم فالذين يرون في التحكيم نظاما ذا طبيعة تعاقدية، ينتمون لقانون الإرادة ليحكم موضوع النزاع و يعتبرون قرار التحكيم مجرد "اتفاق" و من ثمة لا يخضع للتدرج القضائي الذي يعرفه " الحكم " " Jugement " أما الذين يصبغون على التحكيم الطبيعة القضائية فيفضلون قانون محل التحكيم لحكم النزاع و يرون في قرار المحكمين حكما يقترب تماما من الحكم القضائي.

:

أما الفقهاء الذين وقفوا موقفا وسطا أو توفيقيا فانهم يرون في التحكيم نظاما مختلطا أو مزدوجا، و يرون في قرار التحكيم حكما ذا شكل تعاقدي" Jugement a physionomie Contractuelle "(2)
إن وجود اتفاق التحكيم في العقد المبرم أو بعد إبرام العقد و بعد نشوب النزاع يؤكد الصفة الاتفاقية للتحكيم فإرادة الأطراف هي التي اتجهت إلي تأسيس هذا القضاء الخاص لحل نزاعاتهم و هذا لا ينفي الصفة القضائية للمحكمة التحكيمية بعد وضعها ، و لهذا يمكن أن أقول إن التحكيم ذو طبيعة مزدوجة اتفاقية و قضائية.

يترتب على إضفاء الصفة التعاقدية أو الاتفاقية للتحكيم آثار منها :

1- استقلالية إرادة الأطراف في التحكيم الدولي (3) في اختيار القانون الواجب التطبيق.

2- وضع هيئات للتحكيم التجاري الدولي و أنظمة قانونية خاصة بها.

الطبيعة التجارية :

تنص المادة 458 مكرر من قانون الإجراءات المدنية " يعتبر دوليا بمفهوم هذا الباب التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية " تؤكد هذه المادة الصبغة التجارية للتحكيم و السؤال المطروح هو ما المقصود بمصالح التجارة الدولية و التي تعرف بأنها التجارة الدولية تحدد بكل المبادلات الاقتصادية عبر الحدود و التي تختلف عن مفهوم التجارة في القانون الداخلي الذي هو ضيق و تقني و هذه الصفة

- أنظر موضوع القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم ص : 160

2 - أبو زيد رضوان الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ص : 23

3 - أنظر موضوع الإستقلالية ص : 105

تجعل التحكيم التجاري الدولي يختلف عن :

- التحكيم المدني لأن نطاق التحكيم التجاري يعتبر أضيق من التحكيم المدني (1)

- التحكيم الدولي العام و الذي يتعلق كما يقول "Bastid"باستيد " أن التحكيم الدولي يتدخل بين دولتين لهما سيادة أي بين كيانين مستقلين و اللذين تنظم علاقتهما بالقانون الدولي العام كما نلاحظ أن الجزائر أخذت بالمعيار الاقتصادي في تحديد الطبيعة التجارية .

الطبيعة الدولية :

في الحقيقة لا يوجد لحد الآن تحكيم دولي لأن كل تحكيم يرتبط بنظام قانوني وطني و محال إلي قواعد و قوانين وطنية (2)

إن الطبيعة الدولية لعلاقة أو لهيئة في القانون الدولي الخاص يمكن البحث عنها في إسناد هذه العلاقة لنظام قانوني وطني معين أو بعبارة أخرى يوجد أو يشترط وجود تنازع القوانين وهذه النتيجة التقليدية لتدويل العلاقة القانونية.

إن التحكيم مرتبط بالعقد الذي يحمل في طياته اتفاق التحكيم فاذا كان هذا العقد دوليا أصبح بالتالي التحكيم دوليا و اذا كان داخليا يصبح التحكيم داخليا من هنا يطرح التساؤل متى يكون العقد دوليا ؟ يمكن إجمال آراء الفقهاء في اتجاهين الأول أخذ بالمعيار القانوني و الاتجاه الثاني أخذ بالمعيار الاقتصادي.

المعيار القانوني :

يتبناه الكثير من فقهاء النظرية الشخصية عرف الأستاذ باتيفول العقد الدولي بأنه " العقد الذي يشتمل على عنصر أجنبي" كما يميل الفقه العربي للأخذ بهذا التعريف ثم عرفه الأستاذ " باتيفول " لاحقا أن العقد الدولي هو الذي يرتبط بأكثر من نظام قانوني، من حيث العناصر الضرورية لانعقاده و تنفيذه أو مركز طرفيه من ناحية جنسيتهم أو موطنهم أو مكان وجود الشيء محل العقد "

2 - المعيار الاقتصادي :

مؤيدو النظرية الموضوعية ينظرون إلي العقد الدولي ليس باعتباره تصرفا مجردا من كل آثار قانونية

-1 Ph . Fouchard, L'arbitrage Commercial international
Librairie, Dalloz, Paris, 1965 . P 10 et sui

-2 - Robert Martin, Préface (UIA), Arbitrage Commercial international
Dalloz, Paris, 1986, P : 4 et sui

يحتمل أن تنشأ عن ذلك العقد (1) أي أن هذا الاتفاق يكون قبل وقوع النزاع يتوقى بـه المتعـاقدان حـلا لنزاع محتمل في المستقبل.

2 ـ مشارطة التحكيم :

" و هي اتفاق مكتوب بين الطرفين بعد نشوب النزاع يخضعان بمقتضاه هذا الأخير لقضاء التحكيم "

بعدما استعرضت تعريفات اتفاق التحكيم و الصور التي يمكن أن يأخذها تجدر الإشارة إلي الاختلاف في وجهات النظر من جهة بين الدول التي تأخذ بالتفرقة بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم ومن جهة أخرى الدول التي لا تأخذ بالتفرقة (2).بحيث أن الدول التي تأخذ بالتفرقة تضـع شروط أكثر تشددا من الدول الأخرى ، وهي تفرض إرسال عقد مشارطة التحكيم عندما يثور النزاع .

وتعامل الدول الأخرى بنفس الشيء اتفاق التحكيم الذي عقد قبل وقوع النزاع و الاتفاق الـذي يعقد بعد وقوع النزاع (3) و منها الجزائر التي تنص في المـادة 458 مكـرر 1 مـن قـانون الإجـراءات المدنيـة " أن اتفاق التحكيم يفصل في النزاع الذي يثور في المستقبل مثل النزاع المطـروح " ، و كذلـك الشـأن بالنسبة لاتفاقية نيويورك لم تفرق بين شرط التحكيم و مشارطة التحكيم بحيث تنـص المـادة 2 فقـرة 2 على<< أن المراد (بالاتفاقية الكتابية) هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم الموقـع من الأطراف و المتضمن في رسـائل أو برقيـات متبادلـة >> هذه التفرقـة فـي بعـض القوانيـن الداخليـة ترتب آثارا مهمة لكنها لا ترتب نفـس الآثـار علـى المستوى العـالمي (4) نفس النتيجـة يراهـا الأسـتاذ "بروتولدجولدمان".

---

1 ـ و هو ما نصت عليه المادة 1442 من قانون المرافعات الفرنسي، المعدل بمرسوم 12 ماي 1981

2 ـ من هذه الدول بلجيكا ، إسبانيا ، الولايات المتحدة الأمريكية ، فنلندا فرنسا ، اليونان ، إيطاليا ، الأراضي المنخفضة ، البرتغال ، سويسرا (1986)

3 ـ و منها ألمانيا ، إنجلترا ، النمسا ، الدنمارك ، النرويج ، السويد ، تركيا . (1986)

4 ـ المرجع السابق، فيليب فوشار ص 53

الفرع الثاني : مضمون اتفاق التحكيم

يضمن اتفاق التحكيم موضوعات النزاع و أسماء المحكمين و إلا كان باطلا المادة 444 ق ا م ج يتعين لنا من هذه المادة أنه من أهم المضامين تحديد موضوع النزاع و المحكمين أو الهيئة التحكيمية.

1 ـ تعيين موضوعات النزاع :

إن تعيين محل المنازعة له دوران فمن جهة يسمح بمعرفة طبيعة المسائل المتنازع فيها و التي استبعدت عن اختصاص المحاكم العادية و من جهة أخرى لا يستطيع المحكم البث إلا في المسائل التي عين من أجلها ، وهكذا يسمح في تعيين محل المنازعة بمراقبة الحكم بما لم يطلبه الخصمان أو بأكثر منه(اتفاقية نيويورك)، كما أن القضاء الفرنسي قرر كفاية البيان العام لطبيعة المسائل المتنازع فيها و التي تم إبعادها عن المحاكم القضائية و لذلك يقع باطلا الحكم الذي يصدره المحكمون دون اتفاق التحكيم (المادة 458 /1 ق. إ. م) أو إذا صدر الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم 458 مكرر 22 قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

2 ـ تعيين الجهة التحكيمية :

الجهة التحكيمية تختلف تماما على حسب اختيار الأطراف إذا كان اختيار المحكم خارجا عن أي نظام مؤسساتي فنقول أننابصدد تحكيم حر أو تحكيم الحالات الخاصة و إذا تم اختيار الهيئات التحكيمية فنكون بصدد التحكيم التأسيسي .

أ ـ التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة : (Ad HOC)

إن تعيين المحكم وفق هذا النظام يقوم أساسا على إرادة الأطراف و يكون لهم الحق في الاتفاق على عددهم و في اختيارهم لمقر المحكمة التحكيمية . إن العلاقة المباشرة بين إرادة الأطراف و تنظيم التحكيم تظهر أكثر ملائمة لتقنية التحكيم و الثقة التي من المفروض أن تكون بين الأطراف و المحكم و يسمح لهم بالإحساس بالسيطرة على إدارة التحكيم (1).

كما أنه يمثل الفرصة الأخيرة لاستبعاد كل هيئة نظامية و يسمح للأطراف بالاحتفاظ بأسرار نزاعاتهم و الحلول التي أعطيت لها (2)

---

1 -- JOEL Rideau, L'arbitrage Commercial international (Public et Commercial), Librairie amond Colin Paris 1970 P 16

2 ـ جوال ريدو، المرجع السابق ، ص 16 .

ب ـ التحكيم التأسيسي (تحكيم الهيئات الخاصة): (Institionnel)

هو إخضاع الأطراف مسبقا إلي اختصاص هيئة * كما يقول الأستاذ "لاليف" P. Lalive ، هذا التطور في التحكيم الذي ظهر بفضله التحكيم التأسيسي إلي جانب التحكيم الحر ، و الذي أصبح معترفا به من قبل اتفاقية نيويورك لعام 1958 المادة 1 و كذلك الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 (المواد 1 و 55) (1) كما يوجد نوعان من الهيئات في هذا الصنف .

1 ـ هيئات وطنية :

لها اختصاص في قطاعات معينة للنشاط التجاري مثل غرفة التحكيم للقطن(لها نوفر) La chambre arbitrable de coton أو اختصاص موسع مثل غرفة التحكيم لباريس، بحيث تشمل اختصاص مختلف القطاعات.

2 ـ الهيئات التحكيمية الدولية :

و هي كثيرة ، و تعمل في إطار ثنائي الأطراف إقليمية أو عالمية و يمكن أن نذكر على المستوى العالمي هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية التي يمكن أن تتدخل في العلاقات بين الدولة و الأفراد أو بين الأفراد.

وإذا كان تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الحر قد سبق في الظهور تحكيم الهيئات الدائمة إلا أن هذا النوع من التحكيم قد أقل نجمه و أصبح غير مرغوب فيه أمام التحكيم الدائم الذي اكتسب ثقة المتعاملين فيها. مع أن التحكيم الحر لم يفقد تماما مؤيديه.

إذ كثيرا ما يلجأ إليه الخصوم لما يحققه من السرية المطلوبة (2) إلي غيرها من الامتيازات.

3 ـ تعيين أسماء المحكمين و أوصافهم :

أوجب القانون تعيين أسماء المحكمين بالجمع لكن لا شيء يعارض في الحقيقة من تعيين محكم وحيد أو أن يظهر وحده في اتفاق التحكيم، و تناولت المادة 458 مكرر 2 تعيين المحكمين أما فيما يخص تعيينهم بالاسم، فقد اعتقد الفقه عدم إتباع حرفية النص و إمكانية تعيينهم باعتبار وظيفتهم مثلا :

---

* ـ مثلا شركة سوناطراك الجزائرية في الشروط النمطية التي تفرضها عادة على شركائها تتناول مادة تحيل بموجبها إلى التحكيم الدولي التأسيسي تحت رعاية غرفة التجارة الدولية (CCI)

1 ـ جوال ريدو، نفس المرجع،ص:16

2 ـ جوال ريدو ، المرجع السابق ص:17

مدير الغرفة التجارية الدولية (1).

4- البيانات الأخرى :

توجد إلي جانب البيانات السابقة الذكر بيانات أخرى تظهر غالبا في اتفاق التحكيم بحيث يمكن أن يذكر مدة التحكيم، و ضرورة تحديد مدة للتحكيم تظهر من المبدأ الذي يقضي بأن التحكيم إستثناء على القاعدة العامة، و لذلك يجب أن لا يبتعد الطرفان عنها إلا لوقت محدود يتعرضان لتجميد العدالة و لذا يقوم فيها المحكمون بمهمتهم التي تبدأ من تاريخ تعيينهم بمعرفة أطراف العقد أو من تاريخ صدور الأمر –الأمر بتعيين المحكم– و يستطيع الطرفان تمديد التحكيم على إمكانية تمديد الميعاد الذي تم تحديده م 444 /6 ق ا م ، أما إذا تم اختيار نظام هيئة تحكيمية فان الميعاد المبين في هذه الهيئة هو السائد و يبقى التساؤل مطروح فيما يخص هذه الشروط المنصوص عليها في الأحكام العامة للتحكيم في القانون الجزائري وهل تطبق على التحكيم الدولي في غياب نصوص خاصة في التعديل الجديد ؟

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم

إذا كان اتفاق التحكيم هو الأساس الذي يقوم عليه التحكيم فان القرار الصادر عن المحكم بحل المنازعة ليس إلا انعكاسا لهذا الاتفاق و من ثم لابد و أن يتخذ الصفة التعاقدية، و لقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه بطريقة غير مباشرة في حكم صادر في 9 يوليو 1928 ثم عادت ثانية و أكدت الطبيعة التعاقدية للتحكيم بشكل صريح في حكمها الشهير الصادر في 27 يوليو 1937 حيث نصت على ما يلي :

<< إن قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشارطة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشارطة و تشترك معها في صفتها التعاقدية>>(2).

و لكي نثبت الصفة العقدية لاتفاق التحكيم يجب أن ندرس أحكام العقد و نسقطها على اتفاق التحكيم وفقا لأراء بعض الفقهاء و لأحكام القانون الجزائري.

تنص المادة 45 من القانون المدني الجزائري على أن << العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة

---

1 – نور الدين بن الشيخ ، شرط التحكيم في العقود الإقتصادية الدولية، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 1986 ص 29 .

2 – نور الدين بن الشيخ المرجع السابق ص 25

أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء (1) ما» كما يعرف اتفاق التحكيم«بتوافق إرادة الأطراف في العقد الدولي على إخضاع المنازعات التي قد تثور و تنشئ عن العقد للتحكيم >> (2)، من خلال التعريفين يمكن طرح تساؤل ، هل يمكن اعتبار شرط أو مشارطة التحكيم عقدا دوليا متصلا و ملحقا بالعقد الدولي الذي ورد فيه ؟ للإجابة على هذا التساؤل يجب دراسة أركان العقد و مدى توفرها في اتفاق التحكيم .

للعقد ثلاثة أركان أو شروط انعقاد هي : الرضا والمحل و السبب كما يلتزم فوق ذلك حتى يكون العقد صحيحا، أن يكون كل من طرفيه متمتعا بالأهلية اللازمة لعقده، و أن تكون إرادة كل منهما سليمة أي خالية من العيوب التي تفسدها و هذان شرطان للصحة (3)

الفرع الأول : أركان عقد التحكيم

1 ـ ركن الرضا : Le Consentement

اتجاه الإرادة نحو أمر قانوني معين ،غير أن للفظ الرضا إلي جانب هذا المعنى البسيط معنى آخر ، يقصد به توافق الارادتين أو التراضي ، و لهذا المعنى، يقال إن العقد يتم بمجرد رضا العاقدين أو أن رضا العاقدين هو أهم ركن من أركان العقد (4).

إن رضا الطرفين أي عنصر الإرادة في العقد من أهم العناصر التي يقوم عليها العقد و نفس الشيء بالنسبة للاتفاق التحكيم، بحيث أن الاتفاق على اللجوء إلي التحكيم لحل النزاعات هو أساس قيام المحكمة التحكيمية و استبعاد القضاء الوطني*، تبادل الرضا أكدت عليه المادة 59 من القانون المدني الجزائري حيث تنص : << يتم العقد بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية >> كما تنص المادة 60 من نفس القانون أن" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا..." بغض النظر عن وجوب الكتابة في اتفاق التحكيم و هو ما نصت عليه المادة 458 مكرر 1 من قانون الاجراءات المدنية الجزائري "أنه يجب من حيث الشكل

---

1 ـ و هو نفس التعريف الذي جاء به القانون الفرنسي في المادة 1101

2 ـ أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ص

3 ـ سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني مطبعة السلام شبرا 1987 صفحة 130

4 ـ سليمان مرقس ، نفس المرجع ، ص 132

* ـ أنظر آثار إتفاق التحكيم ص :

و تحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي" و هو ما نصت عليه كذلك المادة 443 من قانون الاجراءات المدنية القديم فركن رضا المتعاقدين ركن أساسي في اتفاق التحكيم كما هو الشأن بالنسبة للعقد.

2 ـ ركن المحل:

محل الالتزام هو الأمر الذي يلتزم المدين به سواء كان هذا الأمر نقل حق عيني أو أداء عمل أو امتناع عن عمل كما سبق و أن قلنا أن لكل التزام محلا يقوم عليه، أي أن المحل ركن في الالتزام .
بالنسبة للعقد بصفة عامة محل الالتزام إما أن يكون إعطاء شيء أي نقل حق عيني و أما أن يكون أداء عمل و أما أن يكون امتناعا عن عمل ، و في جميع الأحوال يجب أن يكون المحل ذا فائدة للدائن (1).
و بالنسبة لاتفاق التحكيم و بما أنه توافق ارادتين على إسناد المنازعة التي قد ثارت أو التي قد تثور في المستقبل للتحكيم و بما أن محل الالتزام في العقد قد يكون أداء عمل أو الامتناع عن عمل فان محل الالتزام في اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف بعرض المنازعة للتحكيم. و يولد في الحقيقة التزامين(2)، التزام سلبي و التزام اجابي ، الالتزام السلبي هو عدم اللجوء إلي القضاء العادي لعدم اختصاصه، و الالتزام الثاني بإخضاع المنازعة لقضاء التحكيم. لقد نص القانون المدني الجزائري في المادة 92 منه على ما يلي :
يجوز " أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا و محققا " و كذلك نصت المادة 93 " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا " كما نصت المادة 94 ق م ج " إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب إن يكون معينا بنوعه و مقداره و إلا كان العقد باطلا " كما تنص المادة 98 على " أن كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقدم الدليل على غير ذلك ".أخيرا يمكن استخلاص الشروط التي يجب توافرها في المحل باعتباره ركنا في العقد و مقارنتها بعقد إتفاق التحكيم.

أ- شرط الإمكان :

إذا كان محل الالتزام أداء عمل أو الامتناع عن العمل كما هو الحال في اتفاق التحكيم وجب أن يكون هذا الأداء أو الامتناع ممكنا وقت إبرام العقد و الوجود أو الإمكان شرط يجب توفره في المحل

---

1 ـ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد دار النشر للجامعات المصرية القاهرة 1952 س 137 و ما يليها .
2 ـ أنظر آثار إتفاق التحكيم ص :

ليس عنصرا من عناصرها (1) إذا فما هو السبب في اتفاق التحكيم ؟ السبب في اتفاق التحكيم ليس محددا و يمكن أن يختلف من طرف إلي طرف آخر، إلا أنه بصفة عامة في عقد اتفاق التحكيم هو اللجوء إلي قضاء أو عدالة خاصة لما فيها من مميزات و تفادي قضاء الدولة لما فيها من تعقيدات إجرائية ووقتية، و لما يحققه من سرية مطلوبة و يديره متخصصون في مجال التجارة الدولية، مع فرض حسن النية بحيث يجب أن لا يكون هذا اللجوء إلي التحكيم الغرض منه التهرب من قضاء الدولة و عن القواعد الآمرة و قواعد النظام العام للدولة . و اعتبره القانون المدني الجزائري كشرط في إرادة الالتزام و لم يعتبره ركنا من أركان العقد و تنص المادة 97 << أنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام و الآداب كان العقد باطلا >> .

كما أنه يجب أن يتوفر في ركن السبب شروطا ثلاثة :

1- أن يكون موجودا : بحيث أن كل التزام لا يكون له سببا يكون التزاما غير قائم .

2- أن يكون صحيحا : و يكون السبب غير صحيح إذا كان موهوما أو مغلوطا أو لأنه سبب صوري

3- مشروعية السبب: و هو الذي لا يحرمه القانون و لايكون مخالفا للنظام العام(2)

الفرع الثاني : تصنيف عقد التحكيم من بين العقود :

بعد ما تطرقنا إلي الطبيعة العقدية لاتفاق التحكيم و درسنا الأركان التي يجب توفرها في عقد اتفاق التحكيم سنتناول في أي صنف من أصناف العقود يمكن إدراجه.

نواحي التصنيف المختلفة : يمكن تصنيف العقود من عدة نواح.

فمن ناحية تكوينها : تنقسم إلى عقود رضائية و عقود شكلية و عقود عينية.

و من ناحية موضوعها:تنقسم إلى عقود مسماة و عقود غير مسماة و إلى عقود بسيطة و عقود مركبة و إلى عقود أصلية و عقود تبعية و إلى عقود مدنية (عقود تجارية) و عقود إدارية.

و من ناحية طبيعتها و آثارها:تنقسم إلى عقود ملزمة للجانبين و عقود ملزمة لجانب واحد، و إلى عقود تبرع و عقود معاوضة و هذه تنقسم إلى عقود محددة القيمة و عقود احتمالية و من ناحية تنفيذها إلى عقود فورية و عقود مستمرة (3) .

---

1 ـ السنهوري ، المرجع السابق ، ص:414

2 ـ نفس المرجع ، ص:442

3 ـ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص: 79

الفصل الثاني : اتفاق التحكيم في الجزائر الموقف و الإشكالية .

قبل التعرض للإشكالية التي كانت مطروحة على مستوى التطبيق الجزائري لاتفاق التحكيم،يجب دراسة تطور موقف المشرع الجزائري اتجاه التحكيم التجاري الدولي و يمكن تمييز مرحلتين مرحلة المعارضة و مرحلة الإنفتاح .

المبحث الأول : تطور موقف المشرع الجزائري

إن موقف المشرع الجزائري لم يستقر على التعديل القانوني الجديد بالنسبة للتحكيم الدولي إلا بعد تطور إيديولوجي اقتصادي و اجتماعي نتج عنه هذا التطور القانوني الذي اتسم في بعض مراحله بالتطرف، و البعض الآخر بالغموض و التناقض،و يمكن أن نميزه أساسا بين مرحلتين مرحلة المعارضة عن اللجوء إلي التحكيم ، ثم مرحلة الانفتاح على نظام التحكيم . إلا أنه يمكن القول أن موقف الجزائر لا يختلف كثيرا عن مواقف الدول النامية و الدول العربية و حتى على الموقف الفرنسي و الذي تأثر المشرع الجزائري كثيرا بتطوراته و حتى بنصوصه القانونية التي تعتبر مصدرا تاريخيا لأي تطور جزائري في مجال التحكيم و هذا ما سأتطرق ببحثه في مطلبين : مرحلة المعارضة (مطلب أول) و مرحلة الإنفتاح (مطلب ثاني) .

المطلب الأول : مرحلة المعارضة

الجزائر بعد الاستقلال كدولة حديثة و بعد معاناة من الاستعمار و الاستغلال سنينا عديدة ، و بعدما استرجعت سيادتها و فرضت سلطاتها الثلاثة منها سلطتها القضائية لم تتقبل أي نظام غريب من شأنه اقتسام هذه السلطة و الذي يتجلى في التحكيم الدولي و من هنا ظهرت المعارضة الجزائرية للتحكيم الدولي و التي تجلت أساسا في مظاهر عدة .

الفرع الأول : مظاهر هذه المعارضة : تتجلى هذه المعارضة فيما يلي :

أ - غياب نصوص خاصة بالتحكيم الدولي : حيث أن قانون الإجراءات المدنية الجزائري لسنة 1966 وفي الكتاب الثامن خصصه للتحكيم ، و لم يفرق بينه و بين التحكيم الدولي و لم يأت بباب خاص بالتحكيم الدولي و ذهب المشرع الجزائري إلي أبعد من ذلك حين نص في المادة 442 فقرة 2 لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم .

ب ـ عدم المصادقة على الاتفاقيات الدولية : لقد تطور القانون الاتفاقي الدولي للتحكم منذ 1923 تاريخ إبرام بروتوكول جنيف لسنة 1923 ثم اتفاقية جنيف 1927 و اتفاقية نيويورك لسنة 1958 و اتفاقية واشنطن لسنة 1965 و اتفاقية الرياض لسنة 1983 و اتفاقية عمان و غيرها،إن هذا الاهتمام الدولي بالتحكيم لم يقابله اهتمام جزائري بل رفضت الجزائر الإنظمام لهذه الاتفاقيات .

جـ ـ التحفظات المنصوص عليها حتى في حالة الإنفتاح على التحكيم : و كذلك التحفظ على اتفاقية نيويورك لسنة 1958 و عدم نشر النظام الجزائري الفرنسي لسنة 1983 الخاص بالتحكيم في الجريدة الرسمية .

يتبين لنا من خلال هذه المؤشرات حقيقة رفض الجزائر لفكرة التحكيم ، بحيث أن الخطاب السياسي الذي كان سائدا في أواخر الستينات و بداية السبعينات كان يتهجم على نظام التحكيم ، و تجسد حتى في المذكرة التي قدمتها الجزائر خلال اجتماع الدول الأعضاء في منظمة الدول المصدرة للبترول الذي عقد بالجزائر في مارس 1975 ، حيث أبدت رفضها ليس لمبدأ التحكيم و إنما لعدم ملاءمته مع مقتضيات واقع العالم الثالث الذي سيؤدي به إلي إنشاء نظام تحكيم خاص به تخضع نزاعاتها إليه أو يعود إلي قضائها الداخلي (1).
و قد انتقد الرئيس هواري بومدين نظام سير التحكيم الدولي النظامي و بين موقف الجزائر الرسمي منه بمناسبة اللقاء الوزاري المنعقد بالجزائر لمجموعة 77 التابعة لمنظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية ONUDI في 15 فيفري 1975 الذي أوضح فيه الطابع الغير العادل لإجراءات التحكيم و تأثره بعادات و تقاليد الدول الصناعية مما يؤدي إلي انحيازه ، و عدم نزاهته و قلة الضمانات التي يقدمها للدول النامية (2)،كل هذا يجعلنا نطرح تساءل حول الأسباب التي جعلت الجزائر تتفادى اللجوء إلي التحكيم خاصة و أنه نظام معتمد في العلاقات التجارية الدولية سواء بين الأفراد أو بين الأفراد و الدول.

---

1 -- Abdel Hamid El -- Ahdab, L'arbitrage dans les pays arabes, économica, Paris, P 205

2 ـ زروتي الطيب ، النظام القانوني للعقود الدولية ، رسالة دكتوراه،جامعة الجزائر، 1991 ، ص : 423

هل هي أسباب تاريخية أم أنها اقتصادية أم أنها تعود لطبيعة نظام التحكيم في حد ذاته أو إلى الهيئات أو الأشخاص الذين يحتكرون إدارة هذا القضاء الخاص، أم أن هذه الأسباب مجتمعة ولدت ثقافة سياسية على الأقل في تلك المرحلة جعلتها تعارض فكرة التحكيم ، و سأتناول دراسة هذه الأسباب التي تعتبر كأساس فلسفي للموقف القانوني الجزائري كما أنها تعطي لنا تفسيرا لوجود إتفاق التحكيم في العقود الدولية بينما ، يغيب الأساس القانوني لهذا الشرط في النظام القانوني الجزائري .

الفرع الثاني : أسباب المعارضة :

إن رفض الجزائر لمبدأ التحكيم الدولي لا يعد شذوذا ، باعتبار أن معظم دول العالم الثالث و العالم العربي كانت تؤيد هذا الرفض مما يجعلنا نبحث عن أسباب هذا الرفض .

أ ـ سيادة الدولة و اتفاق التحكيم :

اذا كان اتفاق التحكيم هو القرار الحاسم في اختيار الجهة القضائية المختصة في حل النزاع الذي قد ينشأ أو نشأ عن العقد، فانه بالتالي يعتبر الوسيلة القانونية التي تجعل النزاعات تفلت من اختصاص المحاكم الوطنية و من القوانين الوطنية ، و بعبارة أخرى تجعل الأطراف المتنازعة تفلت من قبضة السلطة القضائية للدولة ، خاصة اذا كانت الدولة طرفا فان اتفاق التحكيم يجعلها تسقط في شباك التحكيم التجاري الدولي على حد تعبير الأستاذ " بجاوي " و بهذا فان التحكيم يقيد سيادة الدولة و حصانتها القضائية و التنفيذية ، خاصة اذا علمنا أن التحكيم تحتكره هيئات تابعة للدول الغربية و معظم المحكمين يحملون جنسية هذه الدول ، و هذا ما جعل الجزائر و دول العالم الثالث بصفة عامة تعارض فكرة التحكيم .

اذا كانت السيادة تعرف بأنها " السلطة العليا للدولة على إقليمها الوطني و استقلالها في علاقاتها الدولية" فان تطبيق مبدأ السيادة يترتب عنه عدة آثار منها الحصانة القضائية للدولة و التي بموجبها و كقاعدة عامة للدولة لا يمكن أن تمتثل أمام محاكم (1) دولة أجنبية،كما أنها لا يمكن أن تكون محل إجراءات تنفيذ جبري لتطبيق حكم صادر ضدها و هو ما يسمى (بالحصانة التنفيذية) (2) .

---

1 ــ ظهور و تعدد الدول ذات الإقتصاد المخطط و التي تلعب دورا أساسيا في إحتكار التجارة الخارجية أدت بالقضاء إلى وضع تفرقة بين الأعمال التي تقوم بها الدولة باعتبارها سلطة عمومية و التي تستفيد بموجبها من الحصانة ، و الأعمال المدنية التي تمارس الدولة لا تكون محل للحصانة سواء كانت قضائية أو تنفيذية .

2 – MOSTEFA KARA BORSALI NAIMA , Institutions internationales OPU , 1985 , P 75

إن مفهوم مبدأ سيادة الدولة من وجهة النظر التاريخية يرتبط بظهور الدولة الحديثة ، فبعد أن كان الاتجاه القديم يرى أن للدولة سيادة مطلقة لا يقيدها في ذلك إلا إرادتها ، استقر الفقه التقليدي على أن سيادة الدولة مقيدة بما تفرضه قواعد القانون الدولي العام من التزامات تعلو على إرادة الدولة ، غير أن غالبية الفقه الحديث يتمسك بمفهوم السيادة كركيزة أساسية لحماية مصالح الدول و لضمان ممارستها لسيادتها الدائمة على مواردها و ثرواتها الطبيعية والتي تعود ملكيتها للدولة صاحبة السيادة على الإقليم تستعملها بكل حرية بما يتلاءم مع مصالحها و متطلبات التنمية (1) إن تمسك الدول الحديثة الاستقلال بسيادتها ، و خاصة على ثرواتها الاقتصادية جعلتها تكرس هذه السيادة سواء في دساتيرها أو في قوانينها الداخلية بصفة عامة ، كما أنها كرست هذا المبدأ في ممارستها لسلطتها ، و منه استمدت الدول النامية مبرر معارضتها للتحكيم . حيث أن معظم الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم أبرمت في الوقت الذي لم تأخذ أغلب الدول النامية استقلالها و وضعت من قبل الدول المصنعة (2) .

لقد كرس الدستور الجزائري مبدأ السيادة ، و جعله العنصر الأساسي لنظامه القانوني الدستوري بما أقره في دستور 1976 و أكده في دستور 1989 و بالدور الذي يجب أن يلعبه في وجود الدولة.

السيادة بالنسبة للدستور الجزائري مبدأ أساسي للقانون الدولي (3) و منه استمد مشروعية التأمين الذي كان محل جدل فقهي كبير، بين الدول حديثة الاستقلال و الدول الغربية الإمبريالية التي ترفض التأميم كما تطلب اختصاص المحاكم الدولية و التحكيمية للفصل في النزاعات التي قد تثور، لتفادي المحاكم الوطنية التي لا تخدم مصالحها ، كما تفضل تطبيق مبادئ القانون الدولي أي تدويل القانون الواجب التطبيق .

---

1 ـ العربي منسور، مبدأ السيادة على الثروات الطبيعية في إطار الأمم المتحدة ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1988 ص 180

Noureddine Terki, « normes Nouvelles de droit international et pratique nationale L'exemple Algerien » Table Rande Franco - maghribine Aix en provence 7 et 8 Octobre 1982 -- 2

Mohamed Abdelwaheb BEKHECHI, La Constitution Algérienne de 1976 et le droit international, O P U, Alger, 1989 P 25 -- 3

و الدول النامية من جهتها تتمسك بحق التأميم و اختصاص قضائها الوطني في الفصل في النزاعات التي قد تثور و هي تقوم بتحديد التعويض وفقا لقوانينها الداخلية و لقد صدرت في هذا الشأن عدة أحكام تحكيمية سأتناول أشهر القضايا المطروحة في هذا الموضوع لاحقا. إن مجهودات العالم الثالث قد أسفرت على عدة قرارات للجمعية العامة للأمم المتحدة لتؤكد ما كانت تطالب به هذه الدول و رغم أن قرارات الجمعية العامة لم تصل إلي مستوى القواعد الملزمة رغم مجهودات دول العالم الثالث وفقهاءها من أجل جعلها مصادر جديدة للقانون الدولي و من هذه القرارات :

1ـ قرار الجمعية العامة رقم 1803 (د ـ17) المؤرخ في 14 ديسمبر 1962 الخاص بالسيادة الدائمة للدول على مواردها و ثرواتها الطبيعية.

2ـ قرار الجمعية العامة 3281 (د ـ 79) المؤرخ في 19 ديسمبر 1974 ، خاص بميثاق حقوق الدول و واجباتها الاقتصادية .

إذا كان القرار الأول لا يلبي مطالب الدول النامية كلها فان القرار الذي يخص ميثاق حقوق الدول و واجباتها الاقتصادية يلبي العديد من هذه المطالب التي كانت تنادي بها.

هناك اختلاف بين الإعلان و الميثاق من حيث القانون المطبق و الاختصاص في حالة ممارسة الدولة لسيادتها على مواردها الطبيعية فقد أقر الميثاق وجوب تطبيق القانون الوطني على رأس المال المستورد و فوائده ، و قد كانت الفقرة الثالثة من الإعلان تقضي بأن يطبق بذات الوقت القانون الوطني و القانون الدولي و هي فكرة طالما تعرضت للانتقادات الشديدة (1).

كما أنه من حيث الاختصاص في حالة نشوب نزاع حول التأميم و التعويضات عليه و نزع الملكية أو نقلها هو القضاء الوطني لا غير في نظر الميثاق (2). بينما تقضي المادة الأولى من الإعلان في فقرتها الرابعة بأن يسوى النزاع عن طريق التحكيم و القضاء الدولي .

---

1 ـ عمر إسماعيل سعد الله ، حق تقرير المصير الإقتصادي للشعوب المؤسسة الوطنية ، للكتاب الجزائر 1986 ص 78

2 ـ و هو ما تنص عليه المادة 2 من قرار الجمعية العامة الذي يتضمن الميثاق " ... يجب أن يسوى الخلاف بمقتضى التشريع المحلي للدولة المؤممة و من قبل محاكمها . "

3 ـ قرار الجمعية العامة رقم 3201 المؤرخ في أول ماي 1974 المعنون بإعلان بشأن إقامة نظام اقتصادي دولي جديد.

آن هذا القرار يؤكد مبدأ السيادة الدائمة و الكاملة للدولة على الموارد الطبيعية و حق ممارسة السيطرة الفعلية عليها و استغلالها بالوسائل التي تتفق مع وضعه الخاص ، بما في ذلك حق التأميم أو نقل الملكية و لا يجوز تعويض أي دولة بالإكراه من أجل منع الممارسة الحرة التامة لهذا الحق غير القابل للتصرف (1) كما أن الجزائر دافعت على فكرة اختصاص المحاكم الوطنية في النزاعات بين الشركات الوطنية و الأجنبية و فضلت اللجوء إلي المصالحة لمحاولة أيجاد حلا وديا للخلافات اذا فرض عليها اللجوء إلي التحكيم. (2)

اذا كان رفض الدول العربية و دول العالم الثالث للتحكيم نابع من غيرتها على السيادة التي إكتسبتها بعد نضال طويل و ظلم عانت منه طيلة مرحلة الاستعمار بالتمييز في اللجوء إلي المحاكم و في تطبيق القانون و التحكيم الدولي بعقوده المدولة أو الخاضعة للمبادئ العامة للقانون الدولي أو قواعد Lex MERCATORIA تذكرها بذكريات الحرمان (3) على حد تعبير الأستاذ " بجاوي "

ب ـ القرارات التحكيمية المشهورة :

تحس الدول العربية بأنها أكثر ملاحقة بذكريات لم تستطع نسيانها ، بعض الأخطاء و التجاوزات قديما جعلت إعادة الثقة شيئا ليس بيسير ، و هذا ما أكده الأستاذ روني دافيد بقوله " أن التجربة تؤكد أنه في حالة ما إذا وقع نزاع بين متعاقدين ينتمي أحدهما إلى دولة صناعية و الآخر إلى دولة من العالم الثالث ففي أغلب الحالات يعطي الحق للدولة الصناعية وهو ما عبر عنه الأستاذ " محند اسعد " بما يلي : " العديد من الدول تدخل إلى التحكيم كما يدخل أشخاص إلى مؤسسة لاعادة التأهيل مكرهين و مجبرين على ذلك ."

---

1 ـ الفقرة هـ من قرار الجمعية العامة رقم 3201 المؤرخ في أول ماي 1974

2 ـ على مبروكين ، محاضرات في التحكيم التجاري الدولي معهد الحقوق ماجيستير 1993

3 -- Mohamed Bedjaoui " L'évolution Des Conseptions et de la pratique Algériennes en Matière d'arbitrage international, ", Siminaire sur l'arbitrage Commercial Alger 14 - 15 Décembre 1992 P 89

إن معظم المحكمين الغربيين يعتبرون القوانين الداخلية للعالم الثالث متخلفة ولا يمكن تطبيقها و هو ما قاله لورد " أسكيت " (1)

" NO SUCH LAWE COULD REASONABLY BE SAID TO EXIST IN THIS PRIMITIVE REGION "

و لنتأكد من وجهات النظر هذه سأتناول بالدراسة باختصار بعض القرارات التحكيمية المعروفة التي يعود لها الفضل في ترسيخ رفض العالم العربي و عموما العالم الثالث للتحكيم :

1 ـ قضية الشيخ أبو ظبي : و شركة تنمية البترول المحدودة سنة 1951 حيث اختار المحكم الإنجليزي " ASQUITH. BICHOP STON " في تحديد القانون الواجب التطبيق رغم أنه تم التعاقد في أبو ظبي و مفروض أن يتم تنفيذ العقد كله هناك فإذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون محل التنفيذ أو محل الإبرام فيجب أن يكون قانون أبو ظبي لكن المحكم آثر أن يقول: " لا يمكن أن نقول باطمئنان بوجود قانون ، فالشيخ يطبق عدالة تقديرية عن طريق القرآن و من الخيالي أن ندعي أنه في هذا الإقليم البدائي توجد مجموعة مستقرة من المبادئ القانونية يمكن تطبيقها على تفسير الوثائق التجارية الحديثة ، كما أنني لا أجد أساسا لتطبيق القانون الإنجليزي ، لأن المادة 17 من العقد تنفي ذلك، و لكن يجوز تطبيق القانون الإنجليزي باعتباره جزء من القانون الطبيعي المستقر في الدول المتمدنة "(2) وطبق المحكم الانجليزي المبادئ العامة للأمم المتحضرة دون أي رجوع أو تناسي " المبادئ العامة للشريعة الإسلامية " و التي يمكن تطبيقها (3)

2 ـ قضية أرامكو. (ARAMCO) سنة 1958 :

إن النزاع في هذه القضية هو بين شركة " أرامكو " ضد الحكومة السعودية أصدر القرار المحكم السويسري " SUSER HALL " " سوزار هال " حيث تحدث عن نقص القانون الداخلي و رغم تطبيقه لمبادئ الشريعة الإسلامية إلا أنه وظفها لتدعيم وضعية الشركة البترولية الأجنبية ضد السلطات السعودية (4)،حيث ينص في حكمه " إن القوانين الداخلية تختلف حول طبيعة الامتيازات القانونية ثم إن مكانة الامتيازات المنجمية و كذلك الامتيازات البترولية ضئيلة في القانون الإسلامي و تختلف حسب المذاهب و بالنسبة لرجال القانون المسلمين لا يوجد فرق بين هذه الفئات (معاهدة ، عقد عام إداري .

---

1 ـ نفس المرجع ص 30

2 ـ زروتي الطيب ، المرجع السابق ، ص 395

3 ـ محمد بجاوي ، المرجع السابق ، ص 29

4 ـ محمد بجاوي ، نفس المرجع ، ص 11

عقد مدني و تجاري) و تعتبر كلها تعهدات يجب أن تراعى ما دام الله شهيدا في كل مرة يبرم فيها الأفراد أو المجموعات عقودا و هكذا استنتجت المحكمة التحكيمية الطبيعة العقدية لعقد الامتياز، ثم أضافت المحكمة المذكورة أن " عقد الامتياز أرامكو عقد ذو طبيعة عقدية و ليس عقد امتياز للمرافق العامة فالحقوق و الالتزامات المترتبة للشركة صاحبة الامتياز لها طابع الحقوق المكتسبة ، ولا يمكن تغييرها بدون رضاها من طرف الدولة المانحة لهدا الامتياز" (1) و هو ما جعل السلطات السعودية تعيد النظر في التحكيم الدولي حيث أصدر مجلس الوزراء للعربية السعودية التي تعتبر من أهم الدول المنتجة للبترول في العالم مرسوما رقم 58 بتاريخ 25 جوان 1963 و الذي يمنع فيه المؤسسات العمومية من اللجوء إلى التحكيم (2)

ـ قضية سافير (SAPHIR) :

بين شركة SAPHIR INTERNATIONAL PETROLEUM ضد الشركة البترولية الإيرانية حيث قرر المحكم "CAVIN" القاضي بالمحكمة الفدرالية السويسرية في التحكيم الذي أجراه سنة 1963 تطبيق المبادئ العامة للقانون المطبقة من طرف الدول المتمدنة ، معلنا ضرورة الفصل في النزاع طبقا لمبادئ العدالة باعتباره موقفا وديا و هي مجموعة القواعد القانونية المشتركة بين الدول المتمدنة و الواردة في القوانين الوضعية و في التطبيق الدولي . (3)

4 ـ قضية تكساكو و كاليفورنيا كالازياتيك ضد الحكومة الليبية :

صدر الحكم في هذه القضية بتاريخ 12 جانفي 1973 و الخاص بتأميم ليبيا لشركتي (TEXACO ET CALIFONIA CALA) من قبل المحكم الفرنسي " DUPUY " . و هذه القضية تتعلق بنفس المشكل المعروض في ثلاثة قضايا أخرى ضد الحكومة الليبية و هي قضية (B P) و قضية (LIAMCO) و التي سأتطرق اليهما لاحقا . بحيث أنه بصددها نلاحظ أنه لنفس المشكل أي التأميمات البترولية الليبية و عرضت على محاكم تحكيمية أسفرت على ثلاثة حلول مختلفة (4).بالنسبة لقضية "تكساكو" اعتبر المحكم الفرنسي ديبوي أن التصرفات القانونية التي تحصلت بمقتضاها الشركتان

---

1 ـ نور الدين بن الشيخ ،المرجع السابق، ص 71

--2 - BELKACEM Bouzana le contentieux des hydrocarbures entre L'algerie et Les Sociètés étrangèrs OPU Alger 1985. P 340 et sui

3 ـ زروتي الطيب المرجع السابق ص 396 .

-- 4 Brigitte Stern. trois arbitrages ou même problème trois Solutions Revue de L'arbitrage 1980 P3 - 43

المدعيتان على امتيازات من الدولة الليبية هي عقود مشمولة بالقوة الملزمة للجانبين ، تطبيقا للشريعة الاسلامية (حسب الامام ابن تيمية) في سورة المائدة " يا أيها الذين آمنوا أوفو بالعقود." أو تطبيقا للقانون المدني الليبي و خصوصا المادتين 147 و 148 و نفت بالتالي

المحكمة التحكيمية الطبيعة الادارية على عقود الامتياز لأنها لا تتضمن الشروط غير المألوفة التي توجد في العقود الادارية ، كسلطة الفسخ من جانب واحد مثلا ، و مادام أن الدولة الليبية قد أبرمت عقدا يتضمن شرطا التزمت بمقتضاه بعدم تغيير العقد الا باتفاق الطرفين يعني أن الدولة قد أبرمت هذا العقد بالتساوي مع المتعاقد الآخر ، و ذهبت محكمة التحكيم الى اعتبار عقود الامتياز عقودا دولية و أقرت أنها تشبه معاهدة دولية .

كما أقرت بأن " ادماج شروط التحكيم في العقود يؤدي الى تطبيق قواعد القانون الدولي ... و أن اللجوء الى التحكيم يكفي لتدويل العقد ... كما يصعب التمييز بين المعاهدة و العقد المدول .. " (1)

نلاحظ أن حكم "ديبوي " لم يسئ فقط للقانون الداخلي الليبي تحت غطاء تطبيق الشريعة الاسلامية، طبق المحكم القانون الدولي العام العصري والقانون الأوروبي بل حتى على سيادة السلطة التشريعية للدولة وذلك باهدار حق التأميم المستمد أساسا من مبدأ السيادة و الاعتراف من جهة أخرى للشركة الأجنبية بحق اعادة الشيئ الى ما كان عليه . " RESTITUTIO IN INTEGRUM " . (2)

5 ـ قضية بريتشن بتروليوم (B P) :

صدر الحكم بتاريخ 10 أكتوبر 1973 من طرف محكم سويدي الجنسية بادانة التأميم مبدئيا و حكم بتعويضات (3)

6 ـ قضية ليامكو : بين LIIAMCO و الحكومة الليبية :

صدر الحكم بتاريخ 12 أفريل 1977 بجنيف من طرف محكم لبناني وهو الأستاذ المحمصاني،يخص قضية تأميم الحكومة الليبية لشركة ليامكو (LIBYAN AMERICAN OIL COMPANY) قررت هذه الشركة

---

1 -- Pièrre Lalive, un grand Arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux société étrangers, Clunet, 1977, P 319 . et 350.

2 ـ محمد بجاوي المرجع السابق ص 10

3 -- Patrick RAMBAUD, Arbitrage Petrolier La Sentence Liamco, AFDI, 1980 P 274.

اللجوء الى التحكيم المنصوص عليه في العقد (1).ويلاحظ أن الحكم مختلف عن الأحكام الأخرى المتعلقة بنفس الموضوع و يخدم نسبيا الحكومة الليبية . و بتطبيق مبدأ الانصاف يعود الفضل في حكم " ليامكو" في الاعتراف بحق التأميم و هو تأكيد مهم رغم أنه على مستوى الآثار فانه لا يوجد فرق بين تاميم مشروع و تأميم غير مشروع باعتبار أنهما يرتبان نفس الأثر و هو التعويض كما أن حكم المحكمة التحكيمية نص على تعويض منصف " INDEMNIATION EQUITABLE " و لم يترك المجال لاستعمال مصطلح تعويض كامل INDEMNISATION INTEGRALE و الذي تطالب به المؤسسات الغربية،كما رفضت الحكومة الليبية تنفيذ الحكم لأنها تعارض مبدئيا نظام التحكيم ، رغم المحاولات العديدة لتنفيذ الحكم أمام محاكم داخلية ، كما رفضت سابقا تعيين المحكم (2) .

بعد عرضنا لأهم الأحكام التي صدرت في حق الدول العربية في مجال التحكيم و التي يؤكد العديد من الفقهاء انحياز المحكمين للشركات الغربية . و هو ما يؤكده " ييف ديغران " YVES DERAINS " بقوله " يخدم التحكيم عموما ادانة التأميمات،ويستعمل دوما في الدفاع المعلن عن الشركات الغربية ضد الدول أو المؤسسات الوطنية للعالم الثالث مع مبررات متناقضة و غير متناسقة . " (3)

كما نلاحظ أن المحكمين الغربيين يحاولون في كل قضية تعرض عليهم :

ـ استبعاد القانون الداخلي أو تطبيقه لصالح المبادئ العامة للقانون

ـ تدويل العقد باعتباره وسيلة لحماية الشركات الأجنبية من القوانين الوطنية للدول التي تستثمر فيها هذه الشركات .

بعد دراستنا لمظاهر معارضة الجزائر للتحكيم الدولي و عن أسباب هذه المقاطعة مما جعلت الدول النامية و الدول العربية و على الخصوص الجزائر تعارض فكرة اللجوء الى التحكيم يبقى التساؤل حول طبيعة النصوص القانونية لهذه المرحلة ؟

---

1 ـ نشير هنا إلى أن الشرط 28 منصوص عليه في كل عقود الإستثمار وفقا للعقد النموذجي الملحق بقانون البترول لـ 21 أفريل 1955

2 ـ
- Jean Paulson, « Le tier monde dans L'arbitrage Commercial international Rev. Arb. 1983, P 29

3 -- yves Derains, « clause et procédures d'arbitrage international dans les pays arabes » colloque euro - arabe sur l' arbitrage p 25

الفرع الثالث : طبيعة النصوص القانونية لهذه المرحلة :

كنتيجة لما سبق ذكره إنعكس هذا الموقف السياسي و الاديولوجي على الموقف القانوني الجزائري و تجلى هذا في الطبيعة المعارضة للقواعد القانونية الجزائرية في مواجهة التحكيم ، و ظهر ذلك جليا إما بنص قانوني واضح يكرس هذه المعارضة مثل المادة 442 قانون الاجراءات المدنية أو بسكوت المشرع الجزائري أو احالة الأطراف الى القضاء أو الى المصالحة ، و هذا ما سأدرسه محاولا ابراز طبيعة النظام القانوني للتحكيم و تطوره

أ ـ مرحلة ما قبل صدور قانون الاجراءات المدنية :

إن الجزائر كانت ترفض رفضا مبدئيا التخلي عن المحاكم الوطنية و اللجوء الى التحكيم الدولي و هذه المقاطعة لم يتخلى عنها الا في حالات خاصة وفي اطار اتفاقي محدود من يوم صدور القانون الفرنسي للبترول سنة 1958 و الذي يتجه الى تنظيم استغلال الموارد الجزائرية من المحروقات، و الذي أوكل لمجلس الدولة الفرنسي الفصل في النزاع الذي يمكن أن يثور في اطار هذا الاستغلال ، و لكن الجزائر المستقلة رأت أنه من المناسب أن تحيل اختصاصا من هذه الطبيعة الى المجلس الأعلى أي الى قضاء وطني جزائري . لكن الحكومة الفرنسية عارضت هذا الاجراء و هو ما جعل الطرفان يدخلان في مفاوضات أسفرت على ابرام اتفاق في 26 جوان 1963 ، و أنشأت بذلك محكمة تحكيمية دولية خاصة تعمل مثل غيرها من المحاكم التحكيمية لكن لها أمانة دائمة ملحقة بالأمانة العامة للحكومة الجزائرية و بهذه الكيفية وضع نظام للتحكيم مراقب من قبل السلطات الجزائرية (1) لكن ما يلاحظ في هذا الاتفاق أنه جعل قرارات التحكيم قابلة للتنفيد دون استيفاء اجراءات طلب التنفيد ، كما أسند الاختصاص التشريعي لقانون البترول الصحراوي و في حالة سكوته تطبق المبادئ العامة للقانون (2). كما أبرمت اتفاقية بترولية جديدة في جويلية 1965 بين الجزائر و فرنسا ، لكن لم تأتي الا بتعديلات بسيطة و تم بموجب هذه الاتفاقية اقامة أمانة دائمة جديدة و اختفت الأخرى . كما أن اتفاق 1965 أخذ نفس المبادئ ، باستثناء نقطتين مهمتين لم تكونا في إتفاق 1963 و هي اجراء المصالحة و أثر أحكام المصالحة و التحكيم لاتفاق 1965 على المؤسسات البترولية غير الفرنسية (3).

---

1 ـ محمد بجاوي المرجع السابق ص 17

2 ـ زروتي الطيب المرجع السابق ص 417

3 -- MADJID BENCHIKH, Les instruments Juridiques de la politique Algerienne de hydrocarbures, L G P J, paris, 1973, P 125

ب ـ بعد صدور قانون الاجراءات المدنية :

1 ـ تنص المادة 442 من قانون الاجراءات المدنية في فقرتها 3 على ما يلي :

" لا يجوز للدولة و لا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبو التحكيم "

يمكن اعطاء تفسيرين لهذه القاعدة :

أ ـ **التفسير الواسع** : الذي يقوم على أساس فهم الخصائص و المميزات القانونية للأشخاص الاعتباريين العموميين و الذي يجرنا الى ادخال في مجال تطبيق هذا المنع من طلب التحكيم ليس فقط للدولة و المجموعات المحلية بل حتى المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري أو الصناعي أو التجاري .

ب ـ **التفسير الضيق** : و الذي تجد مبرراته أساسا في مقتضيات التجارية الدولية (1) و هذا ما يجعل المادة 442 فقرة 3 منها لها مجال تطبيق أضيق، و ينتج بالتالي التفرقة بين الأشخاص الاعتبارية العمومية و الأشخاص الاعتبارية العمومية للقانون الخاص ، و يجرنا هذا الى إستبعاد هذه الأخيرة أي المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي أو التجاري و التي تعمل على أساس نظامها الأساسي النموذجي لـ 31 جانفي 1974 و الذي ينص أنها تعمل وفقا لقواعد القانون الخاص (2)

2 ـ قانون الاستثمارات الصادر في 15 سبتمبر 1966 لا يشير الى اجراء التحكيم و كذلك لسابقه و الذي صدر في 27 جويلية 1963 .

3 ـ التأميمات البترولية لسنة 1971 أخذت بنفس المبدأ بحيث أنها تنص في المادة 3 سواء بالنسبة للأمر رقم 71 ـ 8 المؤرخ في 24 فيفري 1971 أو بالنسبة للأمر رقم 71 ـ 10 و رقم 71 ـ 11 على ما يلي : " يترتب على التأميم الحاصل بموجب هذا الأمر حق في تعويض تتحمله الدولة و تعين كيفيات تحديده و تسديده عند الاقتضاء بموجب مرسوم " اذا الأوامر الخاصة بالتأميم لم تشر الى التحكيم بل تمسكت بحق القوانين الجزائرية و حدها الفصل في المطالبة بالتعويض

4 ـ كما أن قانون 1978 المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية يؤكد فكرة ملكية الدولة لرأس المال و احتكارها للتجارة الخارجية و لكل الثروات الباطنية و الحقوق المترتبة على ذلك غير قابلة للتصرف

---

1 -- Noureddine TERKI, L'arbitrage international et L'entreprise Publique économique en Algerie, Rev.Arb 1990 P 586

2 -- Mohamed Issad, Le nouveau droit Algerien de L'arbitrage international . Simincive sur L'arbitrage Commercial, Alger 14 - 15 Décembre 1992 . P2

5 ـ كما أخذ بنفس الحل المرسوم رقم 82 ـ 145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 الدي ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي حيث تنص المادة 5 منه بما يلي : يقصد بالمتعامل العمومي في مفهوم هذا المرسوم :

ـ جميع الادارات العمومية .

ـ جميع المؤسسات و الهيئات العمومية

ـ جميع المؤسسات الاشتراكية .

شبه المشرع المؤسسات الاشتراكية بالادارات العمومية و هدا ما يعيدنا الى أحكام المادة 442 فقرة 3، لكن النص يحمل نوع من الغرابة على حد تعبير الأستاد " إسعد " بحيث أن المادة 55 فقرة 1 تنص على أنه : " يجب أن ينص في كل صفقة على التشريع المعمول به و على هذا المرسوم ... "
كما يضيف " يجب أن تحتوي الصفقة فضلا عن ذلك ان اقتضى الأمر البينات التكميلية التالية : القانون المطبق ، و بشروط تسوية المنازعات ، و هذا ما يجعلنا نتساءل فيما اذا كان التشريع المعمول به يحتوي كذلك على حكم المادة 442 فقرة 3 لقانون الاجراءات المدنية ، و المادة 5 من المرسوم ، هل يمكن اعتبار وجوب النص على التشريع المعمول به و الى شروط تسوية المنازعات في الصفقة ترخيصا ضمنيا (1) للجوء الى التحكيم ؟ لكن حتى و لو كانت الاجابة بالايجاب فانه يكون هذا النص غير مشروع لأنه لا يتعلق الأمر الا بمرسوم في حين المادة 442 فقرة 3 تعتبر قانونا (2) .
و من جهة أخرى فتنص المادة 104 من المرسوم عموما على أن تسوى الخلافات التي تطرأ أثناء تنفيد الصفقة في اطار الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل ، كما تعطي الأفضلية في الفقرة 2 بما يلي : " يجب على المتعامل العمومي على أية حال و دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن يبحث عن حل ودي للخلافات التي تطرأ وقت تنفيذ صفقاته " لأنه اذا كان المشرع يقصد حقيقة الحظر الخاص بالأشخاص الاعتبارية العمومية من اللجوء الى التحكيم لما لجأ الى تحديد قاعدة غامضة للرجوع للأحكام التشريعية و التنظيبية الجاري بها العمل " (3) . الا أنني أرى العكس من ذلك بحيث أن المشروع قد فصل بالنسبة للجهة المختصة في المادة : 104 من المرسوم بأن الخلافات تسوى في اطار الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل و من هذه الأحكام المادة 442 فقرة 3 من قانون

---

1 ـ و هو ما يراه نور الدين تركي، في المرجع السابق ، ص 589

2 ـ محند إسعد، المرجع السابق، ص 2.

3 ـ نور الدين تركي، نفس المرجع ، ص 589

الإجراءات المدنية ولا يمكن أن نفهم من سكوت المشرع الجزائري بالنسبة للتحكيم و احالتنا الى التشريع الجاري به العمل الا اصرارا على تفادي اللجوء الى نظام التحكيم ، مع اجازة امكانية ايجاد حل ودي في اطار خاص كما أننا نفسر القاعدة الغامضة السابقة الذكر باختصاص المحاكم و هي القاعدة الأصلية و أن لا تفسر لصالح التحكيم لأنه استثناء .

6 ـ مرسوم 1982 و المعدل بمرسومين رقم 88 ـ 72 لـ 29 مارس 1988 و رقم 91 ـ 320 لـ 14 سبتمبر 1991 و جاء المرسوم رقم 91 ـ 434 لـ 9 نوفمبر 1991 يلغي المراسيم الثلاثة السابقة و الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، و يحدد نطاق تطبيقه في المادة 2 التي تنص بأنه لا تطبق أحكام هذا المرسوم الا على الصفقات المتضمنة مصاريف الإدارة العمومية و الهيئات الوطنية المستقلة و الولايات و البلديات و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري المسماة أدناه " المصلحة المتعاقدة " والمادة : 51 من هذا المرسوم تأخذ نفس موقف المادة 55 من مرسوم 1982 .

7ـ و بنفس المبدأ أخذ قانون 23 أوت 1982 حول الشركات المختلطة الاقتصادية فنصت المادة:35 فقرة 1 بأن تخضع النزاعات بين الشركات الاقتصادية المختلطة و الشركات الوطنية للتحكيم الذي ينظمه أمر 17 جوان 1975 (و الملغى حاليا) و الذي يخص التحكيم الداخلي أي حل -النزاعات بين المؤسسات العمومية الجزائرية.كما أنه عدل قانون الاجراءات المدنية بالنسبة لهذا النوع من التحكيم، لكن أضاف اشكاليات قانونية تتمثل في عدم دقة المصطلحات المستعملة حيث استعمل مصطلح " مؤسسة اشتراكية " و قانون الاجراءات المدنية يستعمل مصطلح " الأشخاص الاعتبارية العمومية " أما الفقرة 2 فتنص على أن المنازعات بين شركاء الشركة الاقتصادية المختلطة تؤول الى اختصاص المحاكم الجزائرية ، أما المنازعات مع الغير فلم تشر اليها .

8 ـ قانون رقم 86 ـ 13 مؤرخ غي 19 أوت 1986 يعدل و يتمم القانون رقم 82 ـ 13 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و تسييرها المادة 26 تدرج عقب المادة 53 من القانون رقم 82 ـ 13

مادة جديدة و هي 53 مكرر و تنص على : " تتمتع الشركة المختلطة الاقتصاد بأهلية قانونية كاملة التصرف في جميع ممتلكاتها حسب قواعد القانون العام في علاقاتها مع الغير ،" يمكن أن تلجأ الى التحكيم خاصة بعد صدور منشور من الوزارة الأولى في 18 نوفمبر .

9 ـ أخذ بنفس الموقف قانون 7 جانفي المتعلق بالنشطات المنجمية .

10 ـ قانون 86 ـ 14 المؤرخ في 19 أوت 1986 يتعلق بأعمال التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالأنابيب تنص المادة 63 منه على أنه " تخضع الاعتراضات و المنازعات الناجمة

عن تطبيق هذا القانون و النصوص المتخذة لتطبيقه ، للجهات القضائية الجزائرية طبقا للتشريع المعمول به ، غير أنه يمكن أن ترفع الاعتراضات و المنازعات المتعلقة بالاشتراك في مجال المحروقات مقدما الى لجنة التوفيق طبقا للتشريع المعمول به ".

إذا تبين لنا من خلال هذه النصوص أن الجزائر قد تمسكت بموقفها المبدئي المعارض للجوء الى التحكيم الدولي بصفة خاصة و يتبين لنا سكوت المشرع و عدم النص في قانون الاجراءات المدنية سنة 1966 و تجاهله للتحكيم الدولي رغم أنه خصص بابا كاملا للتحكيم الداخلي و لكن لم يعرف التطبيق ، ربما لغياب التقاليد في هذا الميدان (1) كما يقول الدكتور نور الدين تركي ، كما أكد في هذا الباب على عدم جواز طلب التحكيم من قبل الأشخاص الاعتباريين العموميين ، بل أنه فصل في بعض الحالات بأن قرر اختصاص المحاكم الوطنية و التشريعات الداخلية . اذًا مبدأ منع اللجوء الى التحكيم قد صيغ في التشريع الجزائري كما هو الحال في التشريعات العربية و دول أخرى كثيرة اما صراحة أو ضمنا . إن الهدف من دراسة هذه التطورات تكمن في معرفة التطورات التي مر بها القانون الجزائري في مختلف القطاعات فيما يخص التحكيم من جهة ، و معرفة بالتالي مدى صحة إتفاق التحكيم الذي يعبر عن موقف الأطراف في حل النزاع واختيارهم للتحكيم في كل مرحلة من هذه المراحل وفي كل قطاع من هذه القطاعات ، من جهة أخرى .

رغم هذه التحفضات علىمستوى التشريعات الداخلية لم يكن للجزائر نفس الموقف على مستوى علاقاتها الدولية لأنها صادقت على عدة اتفاقات دولية متعددة الأطراف تنص على اجراءات التحكيم التأسيسي أو الحر دون أن تضع تحفضات على هذا النظام في حل النزاعات . و هو الأمر الذي يسري على اتفاقية بروكسل المبرمة في 27 ماي 1967 و المتعلقة بنقل الأمتعة عن طريق البحر و اتفاقيتا بارن لـ 6 جانفي 1970 و المتعلقة بالنقل عن طريق السكة الحديدية و كذا بروتوكول 9 ماي 1978 (2) و الاتفاقية التي أبرمتها غينيا بيساو سنة 1975 المتعلقة بالنقل الجوي و تلك التي أبرمتها مع الدانمارك سنة 1973 و المتعلقة بقرض و اتفاقيات أخرى عديدة مع فرنسا (3) .

---

1 ـ نور الدين تركي ، نفس المرجع ، ص 588

2 ـ محمد بجاوي، المرجع السابق ، ص 17.

3 ـ عبد الحميد الأحدب ، المرجع السابق ، ص 204

من خلال هذا العرض يتبين لنا من جهة أخرى الموقف الجزائري اتجاه التحكيم في علاقاته الدولية و التطبيق الدولي و هو موقف معارض تماما للتشريعات الداخلية مما يجعلنا نعتقد أن الموقف الجزائري يتسم بالازدواجية ، تحفظ فيما يخص القوانين و التشريعات الداخلية و مرونة في الممارسة الدولية .

و لا نجد تفسيرا لهذا الموقف الا أنه موقف متشدد فيما يتعلق بسيادته المطلقة التي تقتضي فرض سلطة الدول و اختصاصها على المعاملات التي تجري داخل الوطن و تخضع في كل عناصرها أو في أغلبها للقوانين الجزائرية ، و مرونة فيما يخص العلاقات ذات عناصر أجنبية ، و من جهة أخرى لتكسب ثقة أكبر للطرف الأجنبي .

المطلب الثاني : مرحلة الانفتاح

ان انفتاح الجزائر على التحكيم كانت وراءه أسباب مختلفة جعلت الجزائر تغيرموقفها اتجاه التحكيم. كما أن تطور الاطار التشريعي للتحكيم الدولي خلال فترة الثمانينات كان له أثرا كبيرا في تطور الموقف الجزائري و يظهر هذا التطور في عدة نصوص اتفاقية و قانونية ، و هو ما سنتناوله بالدراسة .

الفرع الأول : أسباب و عوامل الانفتاح :

يمكن اجمال أهم الأسباب فيما يلي :

1ـ أسباب تعود لطبيعة التحكيم : التحكيم كعدالة خاصة تمتاز عن القضاء الوطني بعدة مميزات أهمها أنه يديره أشخاص مختصون و خبراء في ميدان التجارة الدولية كما يتصف بطابع السرعة و السرية، ان التحكيم على حد تعبير الأستاذ بجاوي : " يمتاز بالنسبة للتجارة بالمرونة و التناسق و هو أقل شدة و اجراءاته غير طويلة و أقل شكلية من الاجراءات القضائية و كما يمنح سرية الحوار و هو شيئ ضروري في القضايا التجارية ، و في هذا المجال التحكيم التجاري الدولي هو الأكثر شهرة و أنسب نظام لحل المشكلات في المبادلات التجارية ، و يعتبر بهذا التحكيم ليس فقط عامل سلم أو عدالة و انما وسيلة للمساهمة في التنمية " (1)

يتبين من هذا التعريف المزايا التي يمنحها التحكيم التجاري الدولي في حل النزاعات و اذاكانت هذه المزايا نسبية في نظام اقتصادي اشتراكي الذي يعتمد على مؤسسات اشتراكية خاضعة للتخطيط

---

1 ـ محمد بجاوي المرجع السابق ص 21

فتصبح ضروروية في اقتصاد حر يقوم علـى المنافسة الحرة ، و بما أن الجزائر تتجه لتكريس هذا الاقتصاد فبات من الضروري أن يكون لها نظام قانوني و قضائي
يتلاءم مع طموحاتها و طموحات المتعاملين الجزائريين و الأجانب و التحكيم يمنح الكثير من هذه المزايا و طبيعته تتلاءم أكثر مع اقتصاد السوق و المنافسة الحرة.

2 ـ أسباب اقتصادية و سياسية : إن الجزائر منذ الاستقلال كان لها توجه اقتصادي اشتراكي و المؤسسات الاقتصادية التي كان أغلبها أو جلها تابع للنظام العام كانت هي التي تتحكم في آليات التجارة الخارجية و الاقتصاد الوطني . و من ثمة جاء من المنطقي بدافع مبدأ السيادة أن تمتنع كشخص معنوي و كدولة لها سيادة من الامتثال للتحكيم الدولي . لكن و بعد التغيرات السياسية والاديولوجية في الثمانينات و الأزمة الاقتصادية التي تمر بها الجزائر مما جعلها تتعامل بأقل حرية من الماضي مع مؤسسات التمويل الدولية و شركائها الاقتصاديين و مع الضغطات الأجنبية ، و الشروط التي تشترطها هذه المؤسسات الدولية على الجزائر بدأت هذه الأخيرة تتجه الى الانفتاح الاقتصادي و تبني الاقتصاد الحر المفتوح ، مما جعلها تغير الكثير من مبادئ نظامها القانوني الاقتصادي و تتخلى على الكثير من الممارسات السابقة .

لقد وجب القيام بإصلاحات جديدة ، و خاصة باعادة الحيوية الى القطاع العام و اعادة النظر في السياسة الاقتصادية لصالح القطاع الخاص و هو ما أصبحت تتبناه عدة دول نامية .

و البلدان التي حققت أكثر من غيرها نجاحا في مسعاها التنموي الاقتصادي هي التي أحسنت الجمع بين الاجراءات المحفزة للاستثمارات الأجنبية ، و بين فرض شروط اعتبارها ضرورية على المتعاملين معها من أجانب و بعبارة أخرى التوفيق بين متطلبات الاستقلال السياسي و التنمية . و من الاجراءات المحفزة للاستثمار يمكن ادراج التحكيم (1)،لأن المستثمرين كانوا يطالبون به ، و من ثمة كان من المفروض على الجزائر أن تغير موقفها اتجاه التحكيم لأنه يشكل ضمانا لهم باعتبار أن جل المنازعات الدولية أصبح من اختصاصه. و حتى تكرس الجزائر توجهها الجديد نحو الاقتصاد الحر بدأت في تعديل قوانينها منها القانون التجاري و قانون الاستثمار، و جاء تعديل قانون الاجراءات المدنية وادراج باب خاص بالتحكيم الدولي ليكلل هذا التحول القانوني ليساير التحولات الاقتصادية .

3 ـ أسباب قانونية :

ان تعديل قانون الاجراءات المدنية بات من الضروريات لاصلاح النظام القانوني للتحكيم في الجزائر.

---

1 ـ محمد يوسفي، إتجاهات الإستثمار الدولي و اثارها على سياسة الإندماج الإقتصادي للبلدان المغاربية ، المجملة الجزائرية للعلوم القانونية 1992 ص 256

كما أن الغموض الذي كان يكتنف سواءالمادة 442 فقرة 3 من قانون الاجراءات المدنية-على المستوى النظري و أيضا التناقض الموجود على مستوى التطبيق (1)،حيث أن غالبية العقود الدولية التي أبرمتها الجزائر أو مؤسساتها العمومية تنص على شرط التحكيم في حين توجد قاعدة آمرة تمنع ذلك . و كذلك غموض بعض القوانين مثل القانون الذي ينظم الصفقات العمومية كما سبق ذكره الى جانب النقص الذي اتصف به القانون الجزائري ، خاصة بعد أن صادقت الجزائر على اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة باعتماد و تنفيذ القرارات التحكيمية و الاتفاقيات الثنائية بين الجزائر و الاتحاد الاقتصادي البلجيكي ـ اللكسمبورغي و كذلك اتفاقية الجزائر مع إيطاليا و مع فرنسا و مع الولايات المتحدة الأمريكية و مع بلجيكا . و النص في عدة إتفاقيات صراحة

على إحالة النزاع الى نظام التحكيم للمركز الدولي لتسوية النزاعات (CIRDI) كان من الضروري على المشرع الجزائري أن يتدخل لتزكية هذه الممارسات بنظام قانوني جديد للتحكيم الدولي .

الفرع الثاني : تطور الاطار التشريعي للتحكيم الدولي خلال فترة الثمانينات.

إن الجزائر كغيرها من دول العالم، بدأت منذ الثمانينات ، في تغيير موقفها اتجاه التحكيم مما أدى الى تغييرها لنظامها القانوني ، و قبل التطرق الى المرحلة الجديدة التي دخلت فيها الجزائر سوف أعطي لمحة وجيزة عن تطور نظام التحكيم الدولي خلال الثمانينات .

ان استقبال الاستثمارات الأجنبية يستدعي وضع ميكانيزمات تهدف الى ضمانها . الصين مثلا بعد أن صادقت على اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها ، أعادت تنظيم مؤسساتها التجكيمية و استدعت الأجانب اليها . و كذلك بعض الدول الآسيوية الأخرى مثل ماليزيا و كوريا الجنوبية التي قامت بتطوير تطبيقاتها في مجال التحكيم و كذاك " هونغ كونغ " HONG KONG " المركز الجديد للصين .

و حتى الدول الغربية لم تكن في معزل عن هذا التغيير الدولي، فرنسا مثلا في تعديلها القانوني الصادر في سنة 1981 و سويسرا في القانون الفدرالي السويسري للقانون الدولي الخاص لسنة 1987 ، و كذلك كندا التي وضعت حدا على المستوى التطبيقي لمراجعة موضوع الحكم التحكيمي بمصادقتها على اتفاقية نيويورك ، و أصدرت قانونا يستمد أحكامه من القانون النموذجي لمؤتمر الأمم المتحدة لتطوير

---

1 ـ و هو ما سأتناول لاحقا ص : 58 وما يليها .

التجارة و الصناعة CNUCED . و الولايات المتحدة الأمريكية لم تكن غائبة عن هذه المنافسة فأصدرت ستة ولايات منها قوانين جديدة تتضمن التحكيم الدولي .

كما يمكن اعتبار الثمانينات المرحلة التي وصل التحكيم الدولي خلالها مستوا مهما من التغيير و التطور (1) ، و هي التغيرات الجذرية في بعض الأحيان ، في الاطار التشريعي الوطني التي لها أهمية إذا اعتبرنا أنه الى جانب القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع توجد مسائل أخرى مثل صحة اتفاق التحكيم ورد المحكمين و اختصاصهم ، و اجراءات التحكيم و توسيع المراقبة القضائية للحكم و تنفيذها و اسنادها الى القوانين الوطنية المختلفة .

الفرع الثالث : مظاهر الانفتاح و طبيعة النصوص الاتفاقية و القانونية .

ان مظاهر انفتاح الجزائر على التحكيم الدولي يتجلى فيما يلي :

1 ـ إلغاء النصوص القانونية التقليدية : منها المادة 442 فقرة 3 من قانون الاجراءات المدنية الجزائري ، و الغاء أو تعديل العديد من القوانين التي لم تشر الى حق اللجوء للتحكيم و فكت قيود المتعاملين الاقتصاديين للجوء الى التحكيم منها القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية .(2) و قانون النقد و القرض ، (3) و غيرها من القوانين الصادرة ، و أقرت مبدأ اللجوء الى التحكيم أو على الأقل لم تمانع من ذلك .

2 ـ الانظمام الى الاتفاقيات الدولية : حتى تؤكد الجزائر على استعدادها للدخول في نظام التحكيم انضمت إلى العديد من الاتفاقيات

1 ـ القانون الاتفاقي الجديد للتحكيم الدولي : بدأ تطور موقف الجزائر اتجاه التحكيم الدولي من خلال ابرامه أو انظامه أو توقيعه لعدة اتفاقيات دولية .

سأتناول دراستها و يمكن تصنيفها الى اتفاقيات ثنائية و اتفاقيات متعددة الأطراف .

---

1 -- Christine. Lécuryer - theiffry, L'évolution du cadre Législative de L'arbitrage commercial international dans les années 1980, Rev. Arb P 947

2 ـ قانون رقم 88 - 01 المؤرخ في 12 جانفي 1988

3 ـ قانون 90 - 10 مؤرخ في 4 ديسمبر 1991

أ ـ التحكيم الدولي في القانون الاتفاقي الثنائي : أبرمت الجزائر عدة اتفاقيات دولية ، (1) من أهم الاتفاقيات الثنائية في مجال التحكيم الدولي هي :

1 ـ نظام التحكيم الجزائري الفرنسي لسنة 1983 : جاء هذا النظام الخاص بالتحكيم كملحق لتبادل الرسائل الذي جرى في 27 مارس 1983 و التي لم تكن محلا للمصادقة و لا للنشر في الجريدة الرسمية و كذلك الشأن لفرنسا . رغم أن تبادل الرسائل من حيث الشكل يتفادى اجراءا المصادقة و هذا الحكم لا يخص تبادل الرسائل فحسب بل يمتد الى ملحقاتها مثل الحالة التي نحن بصددها . اذاًأن النظام الجزائري الفرنسي يعتبر اتفاقا دوليا . كما يتساءل الدكتور مبروكين ، هل غياب نشر هذا النظام من قبل الطرف الجزائري يجعلنا نفترض أن الحكومة الجزائرية أرادت التطبيق الصارم للمادة 442 فقرة 3 ق . أ. م عند ابرامها للاتفاقية . كما أن المادة 158 من الدستور الجزائري و التي تنص على أن المعاهدات التي تعدل القانون لا يتم التصديق عليها الا بعد الموافقة الصريحة للمجلس الشعبي تخص المعاهدات ، لكن نظام التحكيم الجزائري الفرنسي ليس ملحق لمعاهدة بل لتبادل الرسائل ، أي أنه اتفاقية ذات شكل مبسط و اذا اعتبرناها كذلك فيجب تدخل المجلس الشعبي لأن هذه الاتفاقية ذات الشكل المبسط تعتبر مناقضة للقانون .

ان تبادل الرسائل لـ 27 مارس 1983 و ملحقاتها يعتبر بالنسبة للقانون الجزائري حدثا مهما (2) رغم التناقض المطروح بين هذا النظام والقانون الجزائري. فلقد حصل تطور في النظام القانوني الجزائري، فبعد أن كان دستور 1976 ينص على المعاهدات المصادق عليها تكتسب قوة القانون ، نص دستور 1989 (المادة 123) على أن المعاهدات المصادق عليها تسمو على القانون ، و بناء على هذا النص و نص المادة 21 من القانون المدني أن المعاهدة الدولية ، ثنائية أو متعددة الأطراف تحضى بالأولوية في التطبيق على القانون الداخلي لا سيما إذا كانت المعاهدة لاحقة على القانون . أما اذا كانت المعاهدة سابقة على القانون ، فالرأي الراجح في القضاء و الفقه الدولي أن المعاهدة تبقى دائما أولى بالتطبيق، أما الفقه الداخلي فيميز بين مسألتين : اذا كان التعارض ضمنيا . فان المعاهدة تبقى دائما تحضى

---

1 ـ من هذه الإتفاقيات تلك الموقعة مع المغرب في 15 مارس 1963 . و مع فرنسا في 27 أوت 1964 و مع الجمهورية الألمانية الديموقراطية في 2 ديسمبر 1972 .. إلخ

2 -- ALI MEBROUKINE, le reglement d'arbitrage Algéro - Français du 27 Mars 1983, Rev. Arb 1986 P 193

بالأولوية و التطبيق أما اذا كان التعارض صريحا و القانون الداخلي لاحقا على المعاهدة ، في هذه الحالة يرى الفقيه " باتيفول " أنه لا مناص من تطبيق القانون الداخلي ، و على القاضي أن ينحني أمام ارادة المشرع ، و لكن هذا قد يؤدي الى تحريك المسؤولية الدولية بسبب خرقها لاتفاق دولي بغير الطرق المقررة لذلك . فضلا على أن مثل هذا التعارض اذا طرح أمام قضاء دولي (في الحالة المعنية بالمناقشة) فان هذا القضاء سوف لن يتردد في تطبيق الاتفاقية الدولية .

يعتبر الاتفاق الجزائري الفرنسي هو الأول الذي يعيد النظر في قاعدة معارضة الجزائر للجوء إلى التحكيم . بدون شك فان النزاعات المتعلقة بالمسائل المالية في مجال البترول مستبعدة عن التحكيم و كذلك الحال بالنسبة للنزاعات التي تتعلق بعمل الشركات المختلطة الاقتصاد بمقتضى قانون 28 أوت 1982 التي يؤول الاختصاص فيها للمحاكم الجزائرية(1).

بالنسبة لنطاق تطبيق هذا النظام قد نصت المادة 1 منه على أن " تسوى الخلافات التي تثور بصدد تنفيذ العقود التجارية بالتراضي و في غياب هذه التسوية يعرض حل النزاع على نظام التحكيم وفقا للأحكام المنصوص عليها في المواد اللاحقة " كما أن العديد من العقود التي أبرمت بين بعض الولايات الجزائرية و شركات فرنسية تتضمن شرط التحكيم و الذي يحيل الى هذا النظام الفرنسي الجزائري و هذا ما يؤكد بأن هذا النظام سيعرف تطبيقا أكيدا رغم عدم نشره رسميا (2) أو على الأقل سيعرف إشكالية تطبيقه في حالة نشوب نزاع بين الطرفين .

2 ـ الاتفاقية الجزائرية الأمريكية لـ 17 أكتوبر 1990 (3) :

ان هذه الاتفاقية جاءت في اطار تشجيع الاستثمارات وقعت في واشنطن في 22 جوان 1990 وتنص المادة : 6 منها على أن " أي نزاع يثور بين حكومة الجمهورية الجزائرية و حكومة الولايات المتحدة يخص تفسير هذه الاتفاقية أو يتناول رأي احدى الحكومات لمسألة تتعلق بالقانون الدولي يثيرها أي مشروع أو نشاط يحل بقدر الامكان عن طريق المفاوضات بين الحكومتين و اذا انقضت ثلاثة أشهر بعد طلب المفاوضات دون حل للنزاع للمصالحة يحال النزاع الى محكمة تحكيمية . كما يلاحظ أنه لا يوجد في هذه الاتفاقية أحكام تتعلق بالمستثمرين و الدولة .

---

1 ـ على مبروكين ، المرجع السابق ص 194

2 ـ محند إسعد ، المرجع السابق ص 04

3 ـ المرسوم الرئاسي رقم 90 - 319 المؤرخ في 17 أكتوبر 1990

3 ـ و الاتفاقية الجزائرية البلجيكية اللكسمبرغية :

وقعت الجزائر على هذه الاتفاقية في 24 أفريل 1991 و المتعلقة بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات ، (1) و هي تنص تقريبا على نفس أحكام الاتفاقية السابقة و هي :

أ ـ فيما يخص النزاعات المتعلقة بتفسير الاتفاقية و تطبيقها :

تناولت المادة 11 من هذه الاتفاقية التي تنص على أن النزاع يجب أن يسوى بقدر الامكان عن الطريق الدبلوماسي و هو الأمر الذي يؤكده ميثاق الأمم المتحدة (المادة 33)

و في غياب الحل الودي في مدة 6 أشهر من يوم اثارة النزاع فيحال هذا النزاع بطلب أحد الأطراف الى اجراء التحكيم الحر .

ب ـ فيما يخص النزاعات المتعلقة بالاستثمار : و تناولته المادة 9 على أن كل خلاف يتعلق بالاستثمار بين طرف متعاقد و مستثمر تابع للطرف المتعاقد الآخر يكون موضوع اشعار كتابي من طرف الجهة التي تقوم بالمبادرة الأولى .

ـ يسوى هذا الخلاف في حدود الامكان بالتراضي بين الأطراف المتنازعة و في حالة عدم التوصل الى تسوية بالتراضي مباشرة بين الأطراف المتنازعة أو بالتفاهم بالطرق الديبلوماسية ، خلال ستة أشهر من تاريخ الاشعار بعرض هذا الخلاف بناءا على طلب من أحد الطرفين المعنيين بذلك الخلاف لتحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار ، المنشأ بمقتضى الاتفاقية الخاصة بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى المعروضة للتوقيع بواشنطن بتاريخ 8 مارس 1965 . عندما تصبح كل دولة تنتمي لهذا الاتفاق عضوا في هذه الاتفاقية و ما لم يتوفر هذا الشرط الأخير فانه يحق لكل طرف من الأطراف المتعاقدة رفع النزاع للتحكيم طبقا لنظام الميكانيزم الاضافي للمركز الدولي . و لهذا الغرض يعطي كل طرف متعاقد الموافقة المسبقة و القطيعة على أن يحال كل خلاف لهذا التحكيم . و تتضمن هذه الموافقة التخلي على شرط استنفاد اللجوء الى الطعن الاداري و القضائي الداخليين . "

اتفاقية (م.د.ت.ن.ا) قد تمت المصادقة عليها من قبل بلجيكا بتاريخ 26 سبتمبر 1970 و من طرف اللكسمبورغ في 29 أوت 1970 . لكن لم تنظم اليها الجزائر إلا في أكتوبر 1995 و بالنسبة

---

1 ـ مرسوم رئاسي رقم 91 ـ 345 مؤرخ في 15 أكتوبر 1991

للميكانيزم الاضافي (م د ت ن أ) أنشئ لتطبيقه في حالة ما اذا لم يتم المصادقة على هذه الاتفاقية أو في حالة خروج النزاع عن مجال تطبيق الاتفاقية (1)

4 ـ الاتفاقية الجزائرية الايطالية :

وقعت هذه الاتفاقية في 8 ماي 1991 و تتعلق : " بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات (2) و المسائل التي عالجتها هذه الاتفاقية تجعلنا نفرق بين النزاعات التي تثورحول تفسير هذه الاتفاقية و تطبيقها عن النزاعات المتعلقة بالاستثمارات .

أ ـ النزاعات التي تثور بين الدول المتعاقدة : تنظمها المادة 9 باحالتها على ميكانيزم التحكيم الحر في غياب تسوية عن الطريق الديبلوماسي في أجل 6 أشهر يحال النزاع بطلب أحد الطرفين الى اجراء التحكيم الذي بموجبه يقوم كل طرف بتعيين محكم .

ب ـ النزاعات المتعلقة بالاستثمارات : الأطراف في النزاع ليست الدولتان الطرفان في الاتفاقية [illegible]ن هما الدولة المستقبلة للاستثمارات و المستثمر ، و بالتالي ان النزاع يخص القانون الخاص . و تنص المادة 8 فقرة على اختصاص متعاقب لثلاثة اجراءات مختلفة ، " اذا لم يسو النزاع بالتراضي في أجل 6 أشهر من تاريخ العريضة ... يمكن للمستثمر أن يعرض هذا النزاع دون سواه الى الاجراءات المحددة لاحقا و يلاحظ الأستاذ إسعد أنه من ناحية الصياغة القانونية لا يعتبر من اللائق و لا من التقنية القانونية المحكمة أن نمنح اللجوء الى اجراءات معينة لطرف واحد و هو " المستثمر المعني " و من المفروض أن نقول الطرف المعني " La partie Concerné " و أكثر من ذلك ينبغي استعمال عبارة " الطرف طالب التعجيل " La partie La plus dilligente " بما أن الأطراف في النزاع كلاهما معني . (3)

الاجراءات المنصوص عليها هي :

أ ـ القضاء المختص بالدولة المتعاقدة التي أقيم فوق اقليمها الاستثمار .

ب ـ المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات المنصوص عليها في اتفاقية واشنطن لـ 18 مارس 1965 عندما تنظم اليها الدول المتعاقدة ، و لقد انظمت ايطاليا لهذه الاتفاقية في 29 / 03 / 1971 . و لم تصادق عليها الجزائر إلا مؤخرا

---

1 -- Mohand Isaad, Deux Conventions Bilatérales pour La Protection des investissements R.A.S.J.E.P 1991 P 726

2 ـ المرسوم رقم 91 ـ 346 المؤرخ في 5 أكتوبر 1991

3 ـ المرجع السابق محند إيسعد ص 730

ـ جـ محكمة تحكيم خاصة مشكلة وفقا لأحكام المادة 9 من هذا الإنفاق و المادة 9 تتعلق بالنزاعات المتعلقة بتفسير الاتفاقية و تطبيقها.

هكذا نخلص بعد هذا الإستعراض للموقف الجزائري إلى القول بأن: التحكم الدولي دخل رسميا و ربما نهائيا إلى الجزائر بعد 25 سنة من المعارضة و التطبيق المتناقض.

إن المؤسسات الجزائرية و على رأسها الدولة تدخل في هذا الشكل تسوية النزاعات سواء عن طريق التحكيم الخاص أو التحكيم التأسيسي للمركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار في الوقت الذي تستمر المؤسسات في اللجوء إلى غرفة التجارة الدولية.

إن هاتين الإتفاقيتين تعتبران بدون شك إستمرارا أو تجسيدا للمادة 183 لقانون 14 أفريل 1990 المتعلق بالنقد و القرض و الذي يفتح على الجزائر مجال الإستثمارات الأجنبية و كذلك المادة 184 لنفس القانون التي تحيل فيما يخص الضمانات المتعلقة بهذه الإستثمارات إلى الإتفاقيات الدولية التي وقعت عليها الجزائر. (1)

كما نلاحظ أن النص باللغة العربية إستعمل مصطلح التوقيع لتتمتع بالضمانات المنصوص عليها في الإتفاقيات الدولية التي وقعت عليها الجزائر.

والسؤال الذي يطرح نفسه هل يكفي التوقيع و الذي يختلف من ناحية الآثار القانونية على المصادقة (2) .

حتى يستفيذ المستثمر الأجنبي بالضمانات التي جاءت بها الإتفاقية محل التوقيع أم أنه بكل بساطة خطأ في ترجمة النص إلى اللغة العربية ؟.

1ـ المرجع السابق محند إسعد ص 733

2ـ الفرق بين التوقيع و المصادقة حسب اتفاقية فينا لقانون المعاهدات و التي انضمت إليها الجزائر بالمرسوم رقم 222.87 مؤرخ بـ 13 أكتوبر 1987.

حيث أن المادة 13 منها تنص على أن تكون الدولة ملزمة بالامتناع عن إتيان أعمال من شأنها تعطيل موضوع المعاهدة. و تنص المادة 14 من نفس الاتفاقية إلى أن الموافقة الدولة على الالتزام بمعاهدة ما يعبر عنها بالتصديق كما تنص المادة 24 منها يبدأ نفاذ المعاهدة فور ثبوت الموافقة على الالتزام بالمعاهدة و تقر المادة 26 أن كل معاهدة نافذة تلزم أطرفها و يجب أن ينفذها الأطراف بنية حسنة.

و هل يكفي التوقيع لكي يستفيذ المستثمر الأجنبي بهذه الضمانات ؟

ب ـ التحكيم الدولي في القانون الاتفاقي المتعدد الأطراف :

تتمثل أهم الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف التي انظمت اليها الجزائر فيما يلي :

1 ـ اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد و تنفيد القرارات التحكيمية :

انتظرت الجزائر حتى سنة 1988 لتنظم الى هذه الاتفاقية التي تعتبر من أهم الاتفاقيات الدولية و مجال تطبيق هذه الاتفاقية يشمل جميع القرارات التي يصدرها سواء محكمون معينون لحالات خاصة أو التي تصدرها هيئات التحكيم الدائمة ، كما تطبق على القرارات التحكيمية غير وطنية في الدولة التي يطلب فيها اعتمادها و تنفيذها .

و تنص المادة 2 من الاتفاقية على ضرورة اعتماد الدول المتعاقدة لاتفاق التحكيم سواء كان شرطا تحكيميا أو مشارطة تحكيم و نصت الاتفاقية على الحالات التي يجوز فيها رفض اعتماد القرار وتنفيذه و من بينها إذا كان الاتفاق التحكيمي غير صحيح بموجب القانون الذي اختاره الأطراف و في غيابه فبموجب قانون البلد الذي صدر فيه القرار ، و في حالة ما إذا كان القرار يشمل خلافا غير مذكور في اتفاق التحكيم .

2 ـ اتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول الاتحاد المغاربي (1) :

صادقت الجزائر على اتفاقية " رأس لانوف بليبيا " و التي تتعلق بالتعاون القانوني و القضائي بين دول اتحاد المغرب العربي ، و يتضمن الباب الرابع منها و الاعتراف بأحكام المحكمين و تنفيذها و هو ما تشير اليه المادة 44 بأنه يعترف بأحكام المحكمين الصادرة في بلدان الأطراف المتعاقدة و تنفد لديها بنفس الكيفية المتبعة لتنفيد الأحكام المنصوص عليها .. أيا كانت جنسية المشمولين بها مع مراعاة القواعد القانونية لدى الطرف المتعاقد المطلوب لديه التنفيذ ، كما تنص على الحالات التي لا يجوز رفض الأمر بالتنفيذ و هي نفسها الحالات المنصوص عليها في الاتفاقية السابقة مع اختلاف في تحرير النصوص .

---

1 ـ مرسوم رئاسي رقم 94 ـ 181

3 ـ اتفاقيتا الرياض و عمان :

وقعت (1) الجزائر على كلتي الاتفاقيتين ، اتفاقية الرياض (2) المتعلقة بالتعاون القضائي التي دخلت حيز التنفيد في 30 أكتوبر 1983 تنص في بابها الخامس على الاعتراف و التنفيذ للأحكام القضائية التحكيمية و جاءت لتعوض بالنسبة للدول التي صادقت عليها اتفاقية الجامعة العربية لسنة 1952 أما " الاتفاقية العربية لعمان حول التحكيم التجاري " أبرمت من قبل 14 دولة عربية و تدخل حيز التطبيق عندما يتم المصادقة عليها من طرف سبعة دول و التي أنشأت المركز العربي للتحكيم في الرباط و تحتوي على أحكام تخص اجراءات التحكيم و الحكم التحكيمي .

4 ـ إتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار (3)

تأكيدا لتكريس الجزائر في توجهها لإقتصاد السوق ، و لفتح أسواقها أمام الإستثمارات الأجنبية، و لمنح الضمانات الكافية للأجانب صادقت على الإتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار، التي تهدف إلى تشجيع تدفق الإستثمارات للأغراض الإنتاجية فيما بين الدول الأعضاء، و لقد جاءت الإتفاقية بملحق خاص بتسوية المنازعات بين أحد الأعضاء و الوكالة طبقا لأحكام المادة 75 منها ، حيث يجب أن يسعى الطرفان في أية منازعة تدخل في مجال تطبيق هذا الملحق إلى تسويتها عن طريق المفاوضات قبل اللجوء إلى إجراءات التوفيق أو التحكيم ، كما تنص المادة 4 من الملحق 2 على الإجراءات التي يسير عليها التحكيم و نظامه القانوني .

أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالمستفيدين من الضمان و إعادة التأمين فتنص المادة 57 من الإتفاقية بأن " تحال أية منازعة تنشأ في ظل عقد للضمان أو لإعادة التأمين بين الأطراف في العقد إلى التحكيم للفصل فيها نهائيا طبقا للقواعد التي ينص عليها أو يشار إليها في عقد الضمان أو إعادة التأمين"

نخلص في الأخير إلى أن إتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الإستثمار ، فضلت اللجوء إلى التحكيم سواءا فيما يخص النزاعات التي تثور بينها و بين أحد أعضائها ، و خصصت له نظاما تحكيميا خاصا، أما فيما يخص المنازعات المتعلقة بالمستفيدين من الضمان و إعادة التأمين فأحالتها إلى تحكيم

---

1 ـ التوقيع وفقا للمادة 13 من اتفاقية قانون المعاهدات تلزم الدولة بالإمتناع عن إتيان أعمال من شأنها تعطيل موضوع المعاهدة

2 ـ إتفاقية الرياض لسنة 1983 كانت محل إمضاء كل الدول العربية و مصادقة العديد منها .

3 ـ مرسوم رئاسي رقم 95 - 345 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995 .

بصفة عامة ، مما يؤكد تغير موقف المشرع الجزائري في تفضيل هذا النوع من العدالة لحل المنازعة خاصة تلك المتعلقة بالإستثمار

5 ـ إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى (1) :

إن مصادقة الجزائر على هذه الإتفاقية يعد أمرا منطقيا بالنظر إلى الإتفاقيات السابقة التي أبرمتها (2)، و التي تحيل النزاعات إلى أحكام هذه الإتفاقية .

تعد إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى من أهم إتفاقيات التحكيم على الإطلاق . و غرض الجزائر من الإنظمام لهذه الإتفاقية هو منح ضمانات للمستثمرين الأجانب . و غرض المركز الدولي لتسوية المنازعات المنبثق عن هذه الإتفاقية ، هو وضع وسائل للمصالحة و التحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات ، التي تقوم بين الدول المتعاقدة من جهة و رعايا الدول المتعاقدة الأخرى من جهة أخرى طبقا لأحكام هذه الإتفاقية .

و وفقا لأحكام المادة 25 من الإتفاقية يمتد اختصاص المركز ليشمل المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة و أحد رعايا دولة أخرى متعاقدة ، و تقصد به كل شخص طبيعي أو معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع ، في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على المصالحة أو التحكيم . و بشرط أن يتصل هذا النزاع إتصالا مباشرا بإحدى الإستثمارات بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة طرحها على المركز ، و متى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة ، فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده .

نلاحظ من نص المادة 25 الأهمية التي توليها الإتفاقية ، على النص كتابة على اتفاق التحكيم من قبل الأطراف . و جعله شرط لاختصاص المركز ، و عدم إمكانية سحبه من جانب واحد ، كما أعطى أهمية بالغة لتاريخ إبرام إتفاق التحكيم حيث يتم الإعتداد بجنسية الطرف رعية الدولة وقت إبرام الإتفاق. و تطرقت الإتفاقية على أحكام التحكيم في الفصل الرابع منها حيث تطرقت إلى إجراءات طلب التحكيم ، و إلى تشكيل المحكمة و إلى سلطات و وظائف المحكمة ، ثم إلى القرار التحكيمي و إلى تفسيره و إعادة النظر فيه و إلغائه ، ثم الإعتراف بالحكم و تنفيذه .

---

1 ـ مرسوم رئاسي رقم 95 ـ 346 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995

2 ـ أنظر الإتفاقية الجزائرية اللكسمبورغية و الجزائرية الإيطالية و الجزائرية الأمريكية .

إن انظمام الجزائر لهذه الإتفاقية يعتبر ، نقطة لا رجوع بالنسبة لموقف الجزائر من التحكيم الدولي .
كما يأتي إدماج هذا القانون الإتفاقي في المنظومة القانونية الداخلية كتكريس للتطبيق الجزائري للإقتصاد الحر بكل أبعاده الإقتصادية و القانونية و القضائية ، و قضت الجزائر على تحفظها اتجاه التحكيم و انفتحت على الأعراف الإقتصادية و التجارية الدولية . خاصة إذا أخذنا بعين الإعتبار الوسائل القانونية الجزائرية التي تجعل من هذه القواعد الإتفاقية تسمو على القانون الداخلي وفقا للدستور الجزائري لسنة 1989 .

من هنا يصبح تطبيق هذه الإتفاقيات الدولية له الأولوية قبل تطبيق أي قانون داخلي سواء ساري المفعول أو أي قانون قد يصدر لاحقا .

2 ـ التحكيم الدولي في التشريعات الداخلية الجديدة : تتمثل فيما يلي :

أ ـ قانون المؤسسات العمومية :

ان المقرر الصادر من الوزارة الأولى بتاريخ 18 نوفمبر 1982 جاء ليوضح الغموض الذي يكتنف وضعية المؤسسات العمومية الاقتصادية بحيث ينص على انه " فيما يخص مسألة معرفة من يمكن له اللجوء الى التحكيم ، فمجلس الوزراء سمح باللجوء الى التحكيم للمؤسسات العمومية الوطنية أو المحلية، اذا لم تكن الأشخاص اعتبارية من القانون العام كما انها يجب أن تتمتع بالاستقلالية المالية " هذا المقرر لا يدخل تعديلات جديدة على المادة 442 فقرة 3 لقانون الاجراءات المدنية

و لم يقم المقرر (1) في الحقيقة الا بالتأكيد بطريقة صريحة على التفسير الموسع لهذا النص .

ـ و صدر القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية (2) ، رغم ما يكتنفه من الغموض عن قصد أو عن غير قصد فان قانون 88 ـ 01 قد خطى مرحلة مهمة في طريق الاعتراف للمؤسسة العمومية بالاهلية للجوء الى التحكيم (3)، مصدر هذا التطور التشريعي يوجد في المادة 20 التي تنص : " تكون الممتلكات التابعة لذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها و التصرف فيها و حجزها حسب القواعد المعمول بها في التجارة ماعدا جزءا من الأصول الصافية التي تساوي مقابل قيمة الرأس المال التأسيسي للمؤسسة " بعد اعادة النظر في القاعدة التقليدية و هي عدم قابلية ذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية للتنازل تنص الفقرة 4 من المادة 20 على أنه " كما يمكن أن تكون موضوع مصالحة

---

1 -- Circulaire du premier Ministère du 18 novombre 1982

2 ـ قانون 88 ـ 01 مؤرخ في 12 جانفي 1988

3 -- Terki Noureddine. L'arbitrage international et L'entreprise publique economique en Algerie, Rev - Arb P. 591

حسب مفهوم الفقرة الأولى من المادة 442 من الأمر رقم 66 - 154 ... " على العكس مما توحي به القراءة الأولية لهذه النصوص، في الحقيقة يعد اعترافا بامكانية اللجوء الى التحكيم للمؤسسة العمومية الاقتصادية غير أنه استعمل مصطلح المصالحة و حسب الدكتور نور الدين تركي سواء لخطأ أو عن قصد محاولة منه لتحويل انتباه النواب الذين هم ضد التحكيم و يستطرد أن الأكيد أن المشرع لم يكن يقصد هذه الفكرة.

لأن المصالحة تعرف في المادة 459 من القانون المدني و ليس في الفقرة الأولى من المادة 442 ق.إم و السبب الثاني و هو أكثر أهمية نجده في الفقرة 1من المادة 442 من الأمر رقم 66 _ 154 المؤرخ في 8 جوان 1966 الذي ينص أنه " يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها " بغض النظر عن استعمال المشرع لمصطلح المصالحة بدلا من النص صراحة على التحكيم. و بناء على هذا النص فإن المشرع اعترف للمؤسسة العمومية الاقتصادية بامكانية اللجوء الى التحكيم. لكن الاعتراف بهذا الحق لم يكن مطلقا وفقا لأحكام المادة 1/442 من ق ا م فهذه الأهلية للجوء الى شرط تحكيمي لا يمكن تنفيذه الا في حدود الأموال التي يمتلك الشخص الاعتباري حرية كاملة في التصرف فيها . و هذا يعني وجود استثناء خاص بالأصول الصافية التي تساوي مقابل قيمة الرأس المال التأسيسي للمؤسسة .

إن المادة 20 فقرة 1 من قانون 88 - 01 تستفيد بالحصانة التنفيذية.يظهر أن هذا القيد الذي يخص الرأس المال التأسيسي للمؤسسة يمكن أن يكونه حاجزا حقيقيا لأن أي مؤسسة عمومية اقتصادية تبرم عقدا يتضمن شرط التحكيم سيكون من الصعب الدفع بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية : بحجة تجاوز هذا الحد. (1)

في الأخير نلاحظ أن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية جاء ليفصل في قضية لجوء هذه المؤسسات الى التحكيم و لأول مرة يشير المشرع الجزائري في قانون داخلي و يحيل الى قانون الاجراءات المدنية في الأحكام التي تخص التحكيم.

قانون النقد و القرض :

جاء هذا القانون (2) ليكرس فكرة دخول الجزائر الى اقتصاد السوق و تشجيع الاستثمارات الأجنبية. و دخول رؤوس الأموال الأجنبية الى الجزائر . و هذا ما تنص عليه المادة 183 منه و ترخص تغير

---

1 _ نور الدين تركي ، المرجع السابق ، ص 592

2 _ قانون رقم 90 - 10 مورخ في 14 أفريل 1990

المقيمين بتحويل رؤوس الأموال الى الجزائر لتمويل أي نشاطات اقتصادية غير مخصصة صراحة للدولة أو للمؤسسات المتفرعة عنها أو لأي شخص معنوي مشار اليه صراحة .
هذه المادة تفتح للمستثمرين الأجانب الدخول الى الجزائر . و الاستثمار فيها مما يؤدي الى وجود عدة علاقات اقتصادية و تجارية بين المستثمرين الأجانب و الجزائر . كما جاءت المادة 184 لتعطي ضمانات أكثر لهؤلاء المستثمرين حيث تنص " يمكن اعادة رؤوس الأموال و النتائج و المداخيل و الفوائد و سواها من الأموال المتصلة بالتمويل المنصوص عليه في المادة 183 و تتمتع بالضمانات الملحوظة في الاتفاقيات الدولية التي وقعت عليها الجزائر " و وقعت الجزائر على عدة اتفاقيات ثنائية تخص الاستثمارات و أعطيت عدة ضمانات للطرف المتعاقد و كما أحالت هذه الاتفاقيات الثنائية فيما يخص تسوية النزاعات الى اتفاقية (CIRDI) و هي من نفس الاتفاقيات التي تقصدها المادة 184 من القانون السابق الذكر على الرغم أن الجزائر لحد الآن لم تصادق على هذه الاتفاقية المسماة **الا مؤخرا**
" اتفاقية تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى " و التي تشكل نظام التحكيم للبنك الدولي للانشاء و التعمير و قد ابرمت في واشنطن سنة 1965. و لا نستبعد مصادقة الجزائر على هذه الاتفاقية في المستقبل.

القانون المتعلق بأنشطة التنقيب و البحث عن المحروقات واستغلالها و نقلها بالأنابيب :

جاء هذا القانون (1) ليعدل و يتمم القانون رقم 86 - 14 المؤرخ في 19 أوت سنة 1986 . **و اعترف** هذا القانون و لو باحتشام حق لجوء المؤسسات العمومية الاقتصادية الجزائرية للتحكيم كمرحلة أخيرة كما تفادى لجوء الدولة الى نظام التحكيم. كما نلاحظ أن حق اللجوء الى التحكيم يأتي دائما في النصوص القانونية كاستثناء في حالة عدم التوصل الى حل ودي عن طريق المصالحة و هذا ما تؤكده المادة 12 التي تعدل و تتمم المادة 63 من القانون رقم 86 ـ 14 و هي تقضي بأن " تخضع المنازعات التي تنشب بين الدولة و أحد أطراف عقد الاشتراك للجهات القضائية الجزائرية المختصة.
أما المنازعات الناجمة عن تفسير أو تطبيق عقد الاشتراك بين المؤسسة الوطنية و شريكها الأجنبي فتكون محل مصالحة مقدما حسب الشروط المتفق عليها بين الأطراف في عقد الاشتراك و في حالة فشل عملية المصالحة . يمكن للأطراف عرض النزاع على التحكيم كما يطبق القانون الجزائري لا سيما هذا القانون(91 - 21) و النصوص المتخذة لتطبيقه لحل النزاع.
نلاحظ أن اسناد النزاع للقانون الجزائري لتطبيقه يتنافى مع روح التحكيم الذي يقتضي اعطاء حرية اختيار الأطراف و من ثمة المحكمين .

---

1 ـ القانون رقم 91 - 21 المؤرخ في 4 ديسمبر 1991

ـ التعديل الجديد لقانون الاجراءات المدنية الجزائري :

جاء تعديل قانون الاجراءات المدنية (1) ليؤكد أهمية التحكيم في هذه المرحلة التي تتميز بالتغيير في النظام التجاري الدولي، و هذا ما تجلى في دول كثيرة و التي تحاول عن طريق قواعدها الداخلية ازالة أي شك يكتنف القواعد الدولية، و وضع اطار دقيق لحسن سير التحكيم الدولي. كما نعرف الصعوبة التي تكتنف هذه المهمة و هي تنظيم موضوع ذو طبيعة دولية في اطار وطني بالاضافة الى أنه يحكمه مبدأ احترام ارادة الأطراف، و الجزائر مثل العديد من الدول أحست بأهمية وضع تشريع وطني حديث يساير حركة الاصلاحات الاقتصادية و السياسية، في ميدان التحكيم التجاري الدولي (2)، و قد أدرج هذا التعديل ضمن الكتاب الثامن من الأمر رقم 66 ـ 154 المؤرخ في 8 جوان 1966 و المذكور أعلاه فصلا رابعا بعنوان " في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي "، و تتقارب أحكامه مع القانون الفدرالي السويسري للقانون الدولي الخاص لسنة 1987 و التشريع الفرنسي لسنة 1981، ان الجزائر اتخذت هذا الموقف اعلانا منها بمسايرة الآليات القانونية الدولية، حتى تدخل السوق الدولية و تخلق روحا من الاطمئنان و عدم التردد لذى المتعامل الأجنبي.

بالنسبة لنطاق تطبيق القانون الدولي الجزائري للتحكيم : فنلاحظ أنه

أ ـ فضل المشرع الجزائري المعيارين المادي أو الاقتصادي *(كما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي في المادة 1492) في تحديد التحكيم الدولي.

ب ـ ان المرسوم التشريعي ـ مثل القانون السويسري ـ لم يتناول أية أحكام ذات طبيعة انتقالية تسمح لنا بمعرفة اجراء التحكيم المعمول به قبل دخول المرسوم التشريعي حيز التطبيق. بما أن ارادة المشرع متجهة الى ادخال مرونة و حرية أكثر في حل النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية فانه من المنطقي أن يفضل تطبيق هذه النصوص على الاجراءات التحكيمية القائمة. (3)

بالنسبة لأهم التعديلات التي جاء بها التشريع الجديد فهي :

1 ـ أنه كرس حق الدولة و أشخاص القانون العام و المؤسسات و الهيئات الادارية للجوء الى التحكيم

---

1 ـ المرسوم التشريعي رقم 93 - 09 المؤرخ في 25 أفريل 1993

2 -- BEKHECHI,. M.A, L'arbitrage commercial international en droit Algérien, R.D.I.D.C, 1994, P 88

* ـ راجع طبيعة التحكيم ص : 10 .

3 ـ بخيشي محمد ، نفس المرجع ص 88

في علاقاتها التجارية الدولية ، لكن يبقى النزاع فيما يخص علاقاتهم الداخلية من اختصاص القضاء الوطني *و هو ما أكدته المادة 2 من المرسوم التشريعي.

2 ـ كرس التشريع الجديد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم على العقد التجاري الأصلي و هو مبدأ مهم، و له آثار خطيرة *، و هو ما نصت عليه المادة 458 مكرر 1.

3 ـ يؤكد التشريع الجزائري الجديد على استقلالية المحكم بالنسبة للطرف الذي يعينه و أقرت المادة 458 مكرر 5 ذلك.

4 ـ لأول مرة يسمح المشرع الجزائري للمحكم بتحديد القانون الواجب التطبيق دون أن يستند على قاعدة تنازع معينه و هذه المسألة فيها خطورة بحيث يمكن أن يستبعد القانون الوطني و خاصة القواعد الأمرة الجزائرية، خاصة اذا كان محل تنفيذ الحكم في غير الجزائر، و من جهة أخرى يمكن تطبيق العادات التجارية و هو ما سماها المشرع بالأعراف التي تراها ملائمة، مع العلم أنه يوجد فرق بين العادات التجارية و العادات التجارية الدولية، و كان من المفروض أن ينص على الأقل على العادات التجارية الدولية التي من المفروض أن تكون معروفة دوليا.

5 ـ بالنسبة للاعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي في النظام الجديد لا يجوز للقاضي الجزائري اعادة النظر في القرار التحكيمي (و هذا ما نصت عليه اتفاقية نيويورك 1958) باستثناء القرارات التحكيمية التي تخالف النظام العام بالمفهوم الدولي.

بالنسبة للتعديلات التي أدخلها المشرع الجزائري نلاحظ قطيعة تامة فيما يخص الفكرة التي كانت سائدة في الفترة الأخيرة مقتضاها أن المشرع كان له فكرة تقليدية و تحفظ اتجاه التحكيم، و أصبح بفضل هذا المرسوم متفتحا على التحكيم الدولي بمفهومه الحديث (1).

ـ قانون الاستثمارات :

جاء قانون الاستثمارات (2) ليعيد النظر في جميع القواعد التي تحكم الاستثمارات في الجزائر كما يلغي جميع الأحكام المخالفة له سواء تلك المتعلقة بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و سيرها، المنظمة حسب قانون 1982، و الأحكام المتعلقة بتوجيه الاستثمارات الخاصة الوطنية لسنة 1988 كما

---

* أنظر موضوع مبدأ الإستقلالية ص : 44 وما يليها .

1 ـ مبروكين علي، محاضرات في التحكيم التجاري الدولي ، ألقيت على طلبة الماجيستير معهد الحقوق ، الجزائر، 1993

2 ـ مرسوم تشريعي رقم 93 ـ 12 مؤرخ في 05 أكتوبر 1993

يلغي الأحكام المخالفة له و المنصوص عليها في قانون النقد و القرض.
تطبق أحكام هذا المرسوم التشريعي على الاستثمارات الوطنيةو الأجنبية التي تنجز ضمن الأنشطة الاقتصادية الخاصة بانتاج السلع و الخدمات غير المخصصة صراحة للدول أو لفروعها أو لأي شخص معنوي معين صراحة بموجب نص تشريعي كما تمنح المادة :38 ضمانات خاصة بالتزام الدولة بأحكام الاتفاقيات الدولية المبرمة بين الدولة الجزائرية و الدول التي يكون هؤلاء الأشخاص من رعاياها*
و كما ينص " يعرض أي نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية، اما بفعل المستثمر و إما نتيجة لإجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده، على المحاكم المختصة الا اذا كانت هناك اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالصلح أو التحكيم أو اتفاق خاص ينص على شرط التحكيم أو يسمح للأطراف بالاتفاق على اجراء الصلح باللجوء الى تحكيم خاص".
اذا أخذنا في الاعتبار بأن أغلب الاتفاقيات الدولية حول ترقية و حماية الاستثمار تفضل اللجوء الى التحكيم و أغلب المستثمرين الأجانب يفضلون المحاكم التحكيمية على المحاكم الوطنية، بالنص في العقود التي يبرمونها على اتفاق التحكيم. فاننا نتأكد أن المحاكم الوطنية ستصبح استثناء بالنسبة للمادة 41 و يصبح حق اللجوء الى التحكيم الدولي هو القاعدة سواء بمقتضى اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أو بمقتضى النص على شرط التحكيم أومشارطة التحكيم (1)باللجوء الى تحكيم خاص، و هي من الضمانات التي منحها المشرع الجزائري للمستثمرين الأجانب.

المبحث الثاني : اشكالية التطبيق لاتفاق التحكيم في الجزائر.

سأتطرق الى ثلاثة مسائل في البداية أعطي فكرة عن شرط التحكيم المبرم في أغلب العقود الدولية، و أتناول أساسه القانوني ثم أتطرق الى نطاق تطبيق المادة 442 فقرة 3، ثم أبحث الحلول التي جاء بها المشرع الجزائري و مدى فاعليتها كما أتناول موقف القضاء و الفقه في ذلك .

---

* أنظر الإتفاقيات السابقة ص :

1ـ أظن أنه وقع خطأ في الترجمة فالمشرع الجزائري لا يقصد بكلمة " إجراء الصلح " . هو المصالحة المقصود منها مشارطة التحكيم باللجوء إلى " التحكيم الخاص " و النص بالفرنسية يؤكد ذلك

« Permettant aux partie de convenir d'un Compromis par Arbitrage ad - hac »

المطلب الأول : اتفاق التحكيم في العقود الاقتصادية الدولية، و أساسها القانوني.

لما كان للجزائر علاقات اقتصادية تجارية نشطة مع الخارج و باعتبار الجزائر في السنوات الماضية كان لها مشاريع هامة و ضخمة خاصة بالتنمية الاقتصادية، و الجزائر غنية بمصادر الطاقة و المواد الأولية، فان هذه المزايا مجتمعة جعلت الدول الصناعية تكثف من علاقتها الاقتصادية مع الجزائر، و لتكريس هذه العلاقة كان لا بد من ابرام عقود دولية لتضمن حقوق و التزامات كل طرف كان الطرف الأجنبي يفرض على المتعامل الجزائري، ادراج شرط التحكيم في هذه العقود و كان في بعض الحالات يتوقف ابرام العقد على احتوائه لشرط التحكيم (1)، و كانت الجزائر ترفض اللجوء الى التحكيم كما بيناه في المبحث الذي تقدم من خلال الخطاب السياسي أو حتى القانون الجزائري الذي لم ينص على التحكيم الدولي بالاضافة الى نص المادة 442 فقرة 3 التي تنص أنه " لا يجوز للدولة و لا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبو التحكيم " خاصة إذا علمنا أن الطرف الجزائري في عقود التجارة الدولية محتكرة من قبل الدولة و الهيئات و المؤسسات التابعة لها خاصة المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي . لكن حتى في هذه المرحلة التي مر فيها التحكيم بأزمة،الا أن الجزائر أبرمت عقودا تتضمن شرط التحكيم و كانت القرارات التحكيمية تنفذ دائما .

الفرع الأول : التطبيق المتواصل لاتفاق التحكيم في العقود الدولية.

شهدت الجزائر تطبيقا متواصلا لاتفاق التحكيم في عقودها الدولية.

عكس الموقف الرسمي و القانوني الذي يقضي بعدم جواز اللجوء الى التحكيم بحيث أن 85 % من العقود المبرمة من طرف المتعاملين العموميين الجزائريين تتضمن شرط التحكيم . و بدراسة العديد من شروط تسوية النزاع في العقود الدولية يظهر أن اللجوء الى القضاء الوطني أصبح استثنائيا (2) .

وفي دراسة استقرائية لسبعة عشر عقدا دوليا أبرمتهم الجزائر تبين أن عشرة منهم تتضمن شرطا تحكيميا يحيل النزاع الى غرفة التجارة الدولية و أربعة منها يحيله الى المحاكم القضائية ثلاثة منها الى المحاكم الجزائرية و واحد الى القضاء الانجليزي.

---

1 -- Abdel - Hamid EL - AHDEB, L'arbitrage dans les pays Arabes, économica, Paris 1988. P.

2 ـ علي مبروكين، نظام التحكيم الجزائري الفرنسي ، المرجع السابق ص 200

و ان تحليل 12 عشر عقدا يحتوي على شرط التحكيم يعطي لنا النتائج التالية :

- سبعة منها تعين سويسرا كمكان التحكيم (4 بجنيف . 2 زوريخ . 1 لوزان)
- عقدان عينا الجزائر كمكان للتحكيم
- عقدا واحدا عينا روما

بالنسبة للاتفاقيات المبرمة بين شركة " جيتي " GETTY و سوناطراك SONATRACH و بين " جيتي " و الحكومة الجزائرية عينت الجزائر كمكان للتحكيم (1) كما نشير الى أن الشروط العامة النمطية CONDITION GENERALES STANDARD التي تفرضها شركة سوناطراك على المتعاملين الأجانب تتضمنا نصا يشير الى التحكيم الدولي التأسيسي تحت رعاية غرفة التجارة الدولية بباريس مع اختيار سويسرا كمكان التحكيم، و القانون الجزائري كقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع . (2)

من خلال هذا العرض الذي بينا فيه مدى تكريس اتفاق التحكيم في الجزائر نلاحظ اذا وجود اشكالية حقيقية، تناقض بين الموقف القانوني الرسمي للجزائر و بين التطبيق سواء من طرف المؤسسات العمومية الاقتصادية أو من قبل أشخاص القانون العام كالدولة و الولاية، بحيث أنها قبلت اللجوء الى التحكيم الدولي التأسيسي أثناء ابرامها عقودا مع الشركات الأجنبية (3) ، و هذا التناقض أوجد مشاكل على مستوى تنفيذ الشرط التحكيمي حيث كان الطرف الجزائري في أغلب الأحيان يرفض الاعتراف باختصاص المحكمة التحكيمية، الغريب في الأمر أن المحاكم الوطنية رفضت أيضا الاختصاص و الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود التجارية و الاقتصادية، و الأكثر غرابة أن القاضي الوطني بعد أن رفض اختصاصه رغم أن المادة 442 / 3 تمنح أشخاص القانون العام من اللجوء الى التحكيم.

يرفض ثانية الاعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية عندما يكون أحد الأطراف شخصا عاما (4)

الفرع الثاني : الأساس القانوني لهذا الشرط التحكيمي :

يأتي شرط التحكيم من بين الشروط و القواعد التي يتضمنها العقد التجاري الأصلي و يأتي هذا الشرط من بين القواعد التي تتفق عليها الأطراف المبرمة للعقد. فهو تجسيدا لمبدأ سلطان الارادة الذي تؤكده المادة:106 من القانون المدني الجزائري " العقد شريعة المتعاقدين "

---

1 - عبد الحميد الأحدب ، المرجع السابق ص 207

2 - محمد بجاوي المرجع السابق ص 19

3 - علي مبروكين محاضرات في التحكيم التجاري الدولي

4 - نفس المرجع

إن حرية الأطراف في اختيار الشروط و القواعد القانونية التي تطبق على العقد الدولي خاصة،أوجدت قواعد تجسدت مثلا في العقود النموذجية أو النمطية و الشروط العامة و أصبحت من الأعراف التجارية الدولية كما أن وجود شرط التحكيم في العقود الدولية يأتي مطابقا للمادة 442 فقرة 1 "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها " وعلى هذا الأساس يعد أي شرط تحكيمي ينص عليه العقد صحيحا وفقا لهذه المادة،كما أن شرط التحكيم يعتبر من القواعد الموضوعية للتجارة الدولية،و إذا كانت تلك القواعد لا تعدو أن تكون مجرد شروط تعاقدية، ناتجة من اتفاق الأطراف المتعاملين في مجال التجارة الدولية بغض النظر عن الارادة المعلنة للأطراف، فان ذلك يؤكد بأن طبيعة الروابط القانونية التي تتم في اطار التجارة عبر الحدود تسعى في جوهرها ، و مضمونها الدولي، الى الافلات من نطاق سيران القوانين الوطنية و تظل ارادة الأطراف لها السيادة الكاملة في مواجهتها، سيادة تعمل على وضع قواعد ذاتية تلائم العلاقات و الروابط التي تكون الارادة طرفا فيها (1) و هي تسمى بقواعد LEX MERCATORIA أو القانون التجاري للشعوب، من جهة أخرى أن المادة 442 فقرة 3 تنص على أنه "لا يجوز للدولة و الأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبو التحكيم " و السؤال المطروح هو ما اذا كان حظر اللجوء الى التحكيم مقصورا على الدولة و الأشخاص الاعتبارية من القانون العام أم أنه يمتد الى الأشخاص الاعتبارية من القانون الخاص. و بعبارة أخرى ما هو نطاق تطبيق المادة 442 فقرة 3 و هل هي من القواعد الامرة و هل يمكن لقاعدة من قواعد التجارة الدولية أن تتعارض مع قاعدة من النظام العام ؟

المطلب الثاني : نطاق تطبيق المادة 442 فقرة 3.

جاءت المادة 442 فقرة 3 و التي تقرر حظر اللجوء الى التحكيم بالنسبة للدولة و الأشخاص الاعتباريين العموميين بقاعدة آمرة (2).

---

1 ـ أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق ، دار النهضة العربية القاهرة 1989 ص 278

2 ـ القاعدة الآمرة : " La regle impérative " " هي التي لا يجوز مخالفة حكمها إذ أنها تتناول أمورا تتصل بكيان المجتمع و مقوماته الأساسية بحيث يحرص الشارع على عدم المساس بها محافظة على النظام العام الذي يقوم عليه المجتمع و من ثمة لا يباح للأفراد أن يتخذوا سلوكا يتعارض مع الحكم الذي تقرره ' وهذا ما يعرفها الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة أصول القانون دار النهضة العربية بيروت 1979 ، ص : 71

أي قاعدة من النظام العام*، ولا يجب مخالفتها فالسؤال الذي يطرح هو ما مدى نطاق تطبيق هذه القاعدة ؟ مع العلم بأن مجالات التجارة الدولية في الجزائر الى عهد قريب محتكرة من طرف الدولة (1) و هيئاتها التي لها الحق وحدها في ابرام العقود الدولية.

الفرع الأول : أهلية الدولة و الأشخاص المعنوية العامة لطلب التحكيم

ان مسألة أهلية الدولة و هيئاتها للجوء الى التحكيم كانت محل جدل الفقه و خاصة في دول مثل فرنسا المادة 1003 و المادة 83 و 1004 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي التي لا تسمح أحكام قوانينها لجوء الدولة و الأشخاص الاعتبارية من القانون العام الى التحكيم و كذلك إيطاليا و بلجيكا - في نفس المرحلة - كما نشير الى أن هذا الحضر ليس عالميا (2) و كذلك الشأن بالنسبة للجزائر إذ تكرس مبدأ الحظر في المادة 442 فقرة 3.ولا يمكن دراسة أهلية الدولة و الأشخاص المعنوية للجوء الى التحكيم في القانون الجزائري دون المقارنة بما هو جار به العمل في القانون و الفقه و القضاء الفرنسي. أمام غياب اجتهاد قضائي جزائري.

لقد قام الحظر أو عدم أهلية الدولة و الأشخاص المعنوية العامة لطلب التحكيم على أسس متعددة و من الضروري دراسة هذه الأسس القانونية و الموضوعية و السيكلوجية للاحاطة بمدى تأسيس هذا الحظر

1 - الأساس القانوني للحظر : جاء القانون الجزائري مقارنة بالقانون الفرنسي أكثر صراحة و مباشرة في حظر اللجوء الى التحكيم على الدولة و أشخاص القانون العام وفقا للمادة 442. أما بالنسبة للقانون الفرنسي تأسست مسألة معرفة ما اذا كان التحكيم مسموحا أو محضورا على الأشخاص المعنوية العامة على تركيب المادتين 83 و 1004 من ق ا م الفرنسي و من ثمة لا يمكن طبقا لمادة 1004 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي طلب التحكيم في المسائل الخاضعة لاطلاع النيابة العامة و توجد في الصف الأول لهذه المسائل و التي تنص عليها المادة 83 ق ا م " الدعاوى التي تهم الدولة و البلديات

---

*

كما يعتبرها " GABRIEL " "On les appelle également les règles d'ordre public . Elles
Constituent en quelque sorte l'environement juridique d'une situation donnée"
GABRIEL GUREY Droit des affaires . DUNOD Paris 1991 P20.

1 - قانون 78 - 02 المؤرخ في 11 فيفري 1978

2 -- - Ali Benchneb Le mécanisme Juridique de réglement des Conflits internationals
Thèse Paris P 482

و الهيئات العمومية. "إذا يبدو منطقيا حسب النص رفض اللجوء الى التحكيم بالنسبة للدولة و البلدية و الهيئات العمومية، كما صرح مندوب الحكومة "غازبيه." " ليس في نظرنا المادتان 83 و 1004 من قانون الاجراءات المدنية هما اللتان تشكلان الأساس القانوني الحقيقي للقاعدة فهما ليس سوى واجهة تشريعية لمبدأ قانوني عام ..... بمقتضاه لا تستطيع الادارة أن تطلب التحكيم " (1)

رغم صراحة نص المادة 83 و 1004 من قانون الاجراءات الفرنسي لم يمنع القضاء عن التأكيد بأن الحظر على الدولة الفرنسية من اللجوء الى التحكيم ،حدود في العقود الداخلية و لا يطبق على العقود ذات الطابع الدولي (2) .

فيما يخص الأسس القانونية الجزائرية ، اننا نجد نفس الأحكام تقريبا حيث تنص المادة 442/3"لا يجوز للدولة و لا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبو التحكيم" و إذا أخذنا بحرفية النص تصبح الأشخاص المعنوية العامة و الدولة غير مؤهلة لطلب التحكيم و كذلك الشأن بالنسبة للقانون البترولي و قانون الاستثمارات و التشريعات الصادرة في نفس المرحلة (3).

لكننا إذا أمعنا النظر يتبين لنا أن الوضعية أكثر تعقيدا مما نعتقد و مصدر هذا التعقيد يكمن في التفسير الذي نعطيه لمصطلح " الأشخاص العومية " لغموضه فيجب أن يفرق بين الأشخاص الاعتبارية الادارية و الأشخاص الاعتبارية الأخرى التي تنحدر من الدولة."

أ - بالنسبة للدولة : التي تعتبر أول شخص اعتباري اداري و بدون شك فان أهلية لجوءها أو طلبها للتحكيم مرفوضة بالنسبة للعقود التي تبرمها مع خواص. التحكيم غير مقبول الا في نطاق علاقتها مع دول أخرى أو منظمات دولية بمقتضى اتفاقيات دولية ثنائية أو متعددة الأطراف، كما نشير هنا بالنسبة للاتفاقيات المتعددة الأطراف ففي أغلب الأحيان تتحفظ الدولة بالنسبة للأحكام التي تخص التحكيم .

لقد قبلت الجزائر التحكيم بينها و بين شركات تجارية الا أنها حالات استثنائية وفي مرحلة استثنائية مثلا في ميدان المحروقات أبرم عقد بين الحكومة الجزائية وشركة GETTY سنة 1968 لكن منذ التأميمات رفضت الجزائر هذه الأشكال من التحكيم و أصبحت لا تقبل التحكيم في العقود التي تبرمها مع الخواص .

---

1 ـ نور الدين بن الشيخ ، شرط التحكيم في العقود الإقتصادية الدولية
رسالة ماجيستير، معهد الحقوق جامعة الجزائر 1986 ص 36 .

2 ـ علي بن شنب ، المرجع السابق ص 483 .

3 ـ أنظر تطور موقف المشرع الجزائري ص : 26 .

- ب - **بالنسبة للأشخاص الاعتبارية الأخرى** : يمتد الحظر كذلك على هذه الأشخاص و التي تعود النزاعات في موضوعها الى اختصاص الغرف الادارية و المجالس القضائية و المحكمة العليا، و هذه الأشخاص المحصورة في المادة 7 ق ا م هي الدولة ، و الولاية (الدائرة) و البلدية و المؤسسات العمومية الادارية. و هذا الحظر يبقى ساريا رغم وجود اتفاقية دولية بما أن الاتفاق الجزائري – الفرنسي الذي يخص التحكيم تبقى آثاره محدودة عندما يكون الطرف المتعاقد ولاية أو بلدية (1).

و هذا ما تأكد على مستوى الممارسة الجزائرية، رغم أن العقود الدولية التي تبرمها الدولة أو المؤسسات العمومية تتضمن شرط التحكيم مثلا : النزاع بين الجزائر و شركة ترابل " TRAPAL " في هذه القضية الحكومة الجزائرية رفضت تعيين المحكم ، وبما لأن الاتفاق الجزائري الفرنسي لـ 26 جوان 1963 يسمح بتجاوز رفض الأطراف تعيين المحكم ، لذلك عمد الطرف الأجنبي الى اللجوء الى محكمة العدل الدولية لتشكيل هيئة المحكمة، كذلك الشأن بالنسبة للنزاع الجزائري مع الشركة الأمريكية " سنكلير أيل كوبورايشن " " SINCLAIR OIL CORPORATION " حيث قامت هذه الأخيرة بعبارة اللجوء الى التحكيم بمقتضى الاتفاق السابق الذكر الا أن الحكومة الجزائرية رفضت و دفعت باختصاص المحكمة العليا للفصل للالتزامات المالية . (2) رغم أن القضاء الجزائري لم يأتي باجتهاد في هذا المجال لكن يبقى التساؤل مطروحا هل أهلية الدولة في اللجوء الى التحكيم عرفت نفس موقف القضاء الفرنسي ؟ .

الأستاذ ايسعد يثير ثلاثة عناصر يمكن أن تؤيد هذه الأهلية بالنسبة اليه ، أن هذه القاعدة قديمة و لم تأخذ بعين الاعتبار تطور دور الدولة . كما أن الدولة وضعت نظاما خاصا بالتحكيم الاجباري في النزاعات التي تثور بين الهيئات التابعة للدولة . و هذا لا يتفق مع عدم قدرة الدولة في اللجوء إلى التحكيم بما أننا بصدد رؤوس أموال وطنية . كما يلاحظ في الإتفاقيات الدولية أو في العقود الدولية المبرمة من طرف الدولة أو إحدى مؤسساتها أنها تتضمن شروطا تحكيمية و بالتالي لا يعتبر هذا إلا مؤشرا يؤيد قدرة الدولة في اللجوء إلى التحكيم .

كما يقول نفس المؤلف أنه " لايرى حقيقة فرقا يمكن أن يكون بين الأشخاص الإعتبارية العمومية التي هي محظورة عن التحكيم والمؤسسات الوطنية و المؤسسات العمومية الأخرى كالمؤسسات الإشتراكية

---

1 -- Amor Zahi, L'état et L'arbitrage, OPU, Alger, P 256

2 – عمر الزاهي ، نفس المرجع ، نفس الصفحة

والتي هي مجبرة على اللجوء إلى التحكيم على الأقل فيما بينها " .
أشير هنا ببعض الملاحظات فيما يخص رأي الأستاذ إسعد .
إن تبرير الأستاذ إسعد وعدم أخذه بعين الإعتبار تطور دور الدولة . فإني ألاحظ أن تطور دور الدولة يجب أخذه حسب تطور فلسفة القانون الداخلي ، يجب أن نفهم هذا التطور بالرجوع إلى المعطيات الوطنية و ليس الأجنبية لأن تطور الدولة الجزائرية هو تطور من مرحلة الإستعمار إلى مرحلة الإستقلال . من مرحلة اغتصاب السيادة إلى مرحلة استرجاعها و وضع مبادئ لدولة غيورة على سيادتها و اعتبارها المبدأ الأساسي في القانون الدولي وهذه السيادة تفترض عدم وقوف الدول أو أحد أشخاصها أمام محاكم أجنبية .وبالنسبة للنظام الخاص بالتحكيم الإجباري في النزاعات حجة لا يمكن الإعتماد عليها لأنه يظهر جليا أن هذا التحكيم الإجباري ، سوف يكون في الجزائر و يطبق القانون الجزائري ، و يديره جزائريون و يختلف تماما على نظام التحكيم الدولي أما بالنسبة للفرق بين الأشخاص الإعتبارية العمومية و المؤسسات الإشتراكية فهو أن الأولى تمثل الدولة و تقوم بإدارة مصالحها على المستوى الإقليمي و بالتالي فإنها تستمد منها هذه السيادة و التي يجب أن لا تمس بخلاف المؤسسات الإشتراكية و لو أن رأس مالها ملك للدولة . لكنها لا تمثل الدولة بل تقوم بإدارة و تسيير مصالح و رأس مال معين تابع للدولة .
و لهذا تبقى المبررات التي جاء بها إسعد غير كافية ، و تبقى أحكام المادة 442 فقرة 3 سارية المفعول بالنسبة للدولة و الهيئات التابعة لها و بموجبها تتقيد أهليتها في اللجوء إلى التحكيم رغم قدم هذه القاعدة و التي ترتكز على مفهوم السيادة الكاملة للدولة و احتكارها للتجارة الخارجية ، و لم تظهر فكرة الدولة التاجرة . و لهذا نرى سكوت القضاء الوطني و تناقضه في بعض المواقف بين الإعتراف بشرط التحكيم ، و رفض تنفيذ القرارات التحكيمية .
- **موقف القضاء الجزائري :** لم تتقيد محكمة الجزائر في حكم لها صادر في 03 ماي 1973 بالمادة 442 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية و أقرت بصحة شرط التحكيم مبرم من طرف هيئة تابعة للدولة بعد أن تم إبرام العقد بين شركة سوناطراك وشركة أجنبية (SMC) أرادت الأطراف تغيير شرط تسوية النزاعات لكن قبل أن تتم المفاوضات ، ثار نزاع بينهما و لجأوا إلى التحكيم إلا أن المدعى عليها رفضت تعيين محكم و شركة سوناطراك طلبت تعيين محكم من رئيس محكمة الجزائر لكن هذا التعيين رفض ليس على أساس المادة 442/ 3 التي كان من الممكن إثارتها
و عليه يتبين أن أغلب الأحكام جاءت لتؤكد عدم صحة شرط التحكيم و مخالفته النظام العام في

الجزائر ، غير أن القضاء في الجزائر لم يستقر على موقف محدد بصفة عامة بصدد تطبيق المادة 442/ 3 ق إ م أن المفاوضات للجوء إلى التحكيم لم تتم المصادقة عليها من قبل الأطراف (1) و هذا إعتراف ضمني بحق اللجوء إلى التحكيم و تجاهل للمادة 442/ 3 ق إ م و في حكم آخر ألغي قرار مجلس الجزائر الصادر في 20 ديسمبر 1986 قرارا تحكيميا لغرفة التجارة الدولية صادر في 29 ديسمبر 1985(2).

ففي بعض الحالات دفع بعدم اختصاصه لوجود شرط التحكيم في العقد و في نفس الوقت يرفض الإعتراف بتنفيذ القرارات التحكيمية و يلغي حتى القرار التحكيمي لمخالفته للمادة 442 . كما رفضت بعض القرارات القضائية (3)

و السؤال الذي يطرح هو ما إذا كانت المادة 442/ 3 قاعدة من النظام العام الداخلي أم أنها قاعدة من انظام العام الدولي ؟ و قبل التطرق لهذا الموضوع نشير هنا إلى أن من المؤلفين من لا يأخذ بفكرة النظام العام الداخلي و الدولي ، كما يقول الدكتور زروتي الطيب بوحدة النظام العام في القانون الداخلي و الدولي بأنها حقيقة مؤكدة و لكن الغرض من اللجوء إليه في كل من القانونين مختلفين ، كما تخلص أيضا إلى أن مجال أعمال الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص يتأتى كلما تعارض القانون الأجنبي مع الأسس الإجتماعية أو السياسية أو الإقتصادية أو الأخلاقية في الدولة مما يتعلق بالمصالح الجوهرية في المجتمع (4)

فإذا كنا نأخذ بوجود نظام عام داخلي و نظام عام دولي فيختلف الأمر فإذا قلنا أن المادة 442/3ق إ م من النظام العام الداخلي فيجوز للبلدية أو الولاية أن تلجأ إلى التحكيم أما إذا كانت من النظام العام الدولي فلا يجوز للجهة الإدارية أن تلجأ إلى التحكيم (5)

---

1 ـ علي بن شنب المرجع السابق ص 488

2 ـ نور الدين تركي مجلة التحكيم المرجع السابق ص 590

3 ـ قضية ولاية تيزي وزو ضد شركة فرنسية CSEE و صدر بشأنها قرار من مجلس قضاء تيزي وزو الغرفة التجارية برفض تعيين محكم على أساس المادة 442/ 3 ق إ م

(القرار لم يشر إلى تاريخ صدوره) مبروكين علي المرجع السابق

4 ـ زروتي الطيب المرجع السابق ص 339

5 ـ علي مبروكين المرجع السابق .

ـ الإتفاق الجزائري الفرنسي لـ 27 مارس 1983 و اتفاق التحكيم :

أبرم هذا الإتفاق بين الجزائر و فرنسا في 27 مارس 1983 و ألحق به نظام خاص بالتحكيم و تنص المادة : 1 منه " أن جميع النزاعات القائمة على العقود الدولية بين المتعاملين الجزائريين و الفرنسيين تكون من اختصاص التحكيم الذي ينظم هذا الإتفاق " (1)

يتبين لنا من هذه المادة تداخل نظام المادة 442/ 3 ق إ م ج و نظام تطبيق المادة 1 من الإتفاق الجزائري الفرنسي ، و السؤال الذي يطرح هو هل أن هذا النظام للتحكيم بين الجزائر و فرنسا يلغي المادة 442/ 3 من ق إ م الجزائري ؟ إقترحت إجابتين لهذا التساؤل :

أ ـ **النظرة الأولى** : أن هذه المادة تلغي بطريقة ضمنية المادة 442/ 3 ق إ م و بالتالي يجوز للدولة و الولاية و البلدية اللجوء إلى التحكيم في علاقاتها الدولية مع فرنسا باعتبار أنها قاعدة إتفاقية و المادة 158 من دستور 1976 تعطي للإتفاقية نفس قوة القانون . بل إن المادة 123 من دستور 1989 أكثر صرامة في هذا الشأن إذ تجعل المعاهدة الدولية سواء كانت ثنائية أو متعددة الأطراف في مرتبة تسمو على القانون الداخلي

ب ـ **النظرة الثانية** : فتقر أن هذا الإتفاق لا يلغي المادة 442 ق إ م و تبقى هذه العقود من إختصاص الغرفة الإدارية للمجلس القضائي ، وما يرتكز عليه هذا التفسير هو أن الإتفاق الفرنسي الجزائري لم ينشر في الجريدة الرسمية لكن لا يوجد في الجزائر أي حكم دستوري يتناول دخول الإتفاقيات حيز التنفيذ بنشر ها ، ولا تنص المادة 123 من دستور 1989 مثل المادة 159 من دستور 1976 سوى على المصادقة رغم أن الدستور الفرنسي و الذي هو مصدر للدستور الجزائري في المادة 55 من دستور 1958 ينص على أن المعاهدة تسمو على القانون ، لكن بشرط أن تنشر في الجريدة الرسمية و الإتفاق الفرنسي الجزائري لم يكن محل نشر أو مصادقة (2)

و بهذا لا يلغي القانون ، و قد طرح هذا المشكل أمام القاضي الجزائري (3) إذ رفض تطبيق هذه الإتفاقية بما أنها لم تنشر في الجريدة الرسمية (4) كما يضيف الأستاذ تركي أن هذا لا يجعلنا نعتقد أن هذا الإتفاق لم يكتسب صفة الإلزام في مواجهة السلطات الجزائرية و حتى الفرنسية .

---

1 ـ علي مبروكين، النظام الجزائري الفرنسي ص :

2 ـ نور الدين تركي، المرجع السابق ص 598

3 – في قضية بين ولاية تيزي وزو ضد الشركة الفرنسية (CSEE) سنة 1985

4 ـ علي مبروكين، المرجع السابق

لأن مصدره هو بروتوكول التعاون الإقتصادي المبرم في 21 جوان 1982 بين الجمهورية الجزائرية و حكومة الجمهورية الفرنسية و هذا البروتوكول كان محل مصادقة و نشر (1)

الفرع الثاني : أهلية المؤسسات العمومية الإقتصادية لطلب التحكيم .

مرت المؤسسة العمومية الإقتصادية بمرحلة كان يسودها التخوف من اللجوء إلى التحكيم الدولي ما بين سنة 1960 ـ 1970 و هذا ناتج عن أسباب عديدة (2) جعلت المؤسسة العمومية الإقتصادية لا تستفيذ بنظام قانوني واضح يسمح لها باللجوء إلى التحكيم .

1 ـ الأسس القانونية لأهلية المؤسسة العمومية الإقتصادية :

أ ـ مبدأ أهلية المؤسسة العمومية الإقتصادية للتحكيم : يمكن أن ندرس أهلية المؤسسة العمومية الإقتصادية من خلال أحكام المادة 442 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية و كذلك أحكام الأمر رقم 71 ـ 74 المؤرخ في 16 نوفمبر 1971 يتعلق بالتسيير الإشتراكي للمؤسسات .

فوفقا للمادة 442/ 3 ق إ م " لا يجوز للدولة و لا للأشخاص الإعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم" بسبب غموض هذه المادة يمكن أن يعطى لها تفسيرين مختلفين تفسيرا واسعا وآخر ضيقا *

إذا كان التفسير الأول لا يمنح الأهلية للمؤسسات العمومية الإقتصادية للجوء إلى التحكيم فإن التفسير الثاني يمنح لها هذه الأهلية .

إذا التفسير الضيق يخرج المؤسسات العمومية الإقتصادية من نطاق تطبيق المادة 442 و يصبح لها الأهلية في اللجوء إلى التحكيم الدولي و هذا ما يؤكد الأمر رقم 71 ـ 74 المؤرخ في 16 نوفمبر 1971 و المتعلق بالتسيير الإشتراكي للمؤسسات الذي وحد القوانين التأسيسية لكل من الهيئات العامة الصناعية و التجارية والشركات الوطنية و يهدف الأمر المذكور إلى تنظيمها أسس عقلانية حتى تستطيع القيام بالمهمة المنوطة إليها و هي تنفيذ المخطط وفقا لهذا النظام و نصوص قانونية أخرى التي اعتبرت المؤسسات العامة الإقتصادية (3)

---

1 ـ المرسوم رقم 82 ـ 259 الصادر في 07 أوت 1982

2 ـ راجع ماسبق ص 28 بالنسبة لهذه الأسباب

* راجع ما سبق ص 61 .

3 ـ المؤسسة العامة الإقتصادية أو مايسمى بالمؤسسة الإشتراكية ذات الطابع الإقتصادي هي شخص معنوي يتمتع بالشخصية القانونية و بالإستقلال المالي ، و يكون رأسماله مملوكا للمجموعة العامة التي أنشأتها و تهدف إلى ممارسة نشاط إقتصادي .

تاجرا في علاقاتها مع الغير إنطلاقا من طبيعة التصرف القانوني الذي تقوم به هذه المؤسسة ذات الطبيعة التجارية و الصناعية يمكن القول أن مبدأ الحظر الذي يقع على الدولة و الهيئات العامة في طلب التحكيم لا ينطبق على هذا النوع من المؤسسات العمومية (1) و يظهر أن المرسوم رقم 82 ـ 145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 يؤكد بصفة ضمنية هذا الإتجاه لأنه من جهة يفرض على المتعاملين العموميين أن ينصوا في كل صفقته على " القانون المطبق و شروط تسوية المنازعات " مما يفرض أن المتعاقدين أحرار في اختيارهم (2) الا أن كل هذه القواعد القانونية تفتقد للصراحة و الوضوح فجاءت كلها غامضة مما استدعى صدور منشور وزاري من الوزارة الأولى في 18 نوفمبر 1982 ، جاء ليوضح أكثر هذه الوضعية حيث أقر أن المؤسسات العمومية الوطنية أوالمحلية تختلف عن الأشخاص الاعتبارية للقانون العام و تتمتع بالاستقلالية المالية.

كما أن المادة 20 فقرة 4 للقانون رقم 88 - 01 رغم الغموض الذي يكتنفه الا أنها قطعت مرحلة مهمة لصالح الاعتراف بالأهلية للمؤسسة العمومية للجوء الى التحكيم و هو ما أكدته المادة 20 فقرة 1 حيث أعادت النظر في القاعدة التقليدية القاضية بعدم اللجوء الى التحكيم و تنص أن : " الممتلكات التابعة لذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها و التصرف فيها و حجزها حسب القواعد المعمول بها في التجارة ماعدا جزءا من الأصول الصافية التي تساوي مقابل قيمة رأس المال التأسيسي للمؤسسة ."

بعد اعادة النظر في القاعدة التقليدية التي تقضي بعدم قابلية الأموال العمومية للتصرف "L'INALIENABILITE" نصت في المادة 20 فقرة 4 على أنه : " يمكن أن تكون موضوع مصالحة حسب مفهوم الفقرة الأولى من المادة 442 من الأمر رقم 66 ـ 154 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المذكور أعلاه " (3) إذا بفضل المادة 20 للقانون رقم 88 ـ 1 يمنح المشرع الجزائري للمؤسسة العمومية الاقتصادية صراحة حق اللجوء للتحكيم. لكن اعتراف المشرع بهذا الحق لم يكن مطلقا حسب المادة 442 / ق ا م . فهذه الأهلية للجوء لشرط تحكيمي لا يمكن تطبيقه الا في حدود الأموال التي يملك هذا الشخص المعنوي كامل حق التصرف فيها .

---

1 ـ نور الدين بن الشيخ ، المرجع السابق ص 40

2 ـ أنظر المبحث السابق في تطور موقف المشرع الجزائري ص 26 .

3 ـ أنظر تحليل هذه المادة فيما سبق ص : 46 .

هذا يعني استثناء الأصول الصافية التي تساوي مقابل قيمة الرأس المال التأسيسي للمؤسسة (المادة 20 فقرة 1 قانون 88 ـ 1) إذا بعد صدور هذا القانون أصبحت للمؤسسة العمومية الاقتصادية أهلية شبه كاملة للجوء الى التحكيم مما يطرح علينا التساؤل حول حدود أهلية المؤسسة العمومية الاقتصادية ؟ و قبل ذلك سوف نتطرق الىموقف القضاء الجزائري من هذه الأهلية

ب ـ موقف القضاء الجزائري من أهلية المؤسسات العمومية الاقتصادية :

إن غياب اجتهاد قضائي في بلادنا لا يمكننا من دراسة مكتملة لموقف القضاء الجزائري في أشكالية أهلية المؤسسات العمومية الاقتصادية .

في هذا المجال يمكن ذكر قرار مجلس الجزائر الصادر في 20 ديسمبر 1986 و الذي ألغى قرار تحكيمي صادر من الغرفة التجارية الدولية بـ 20 ديسمبر 1985 (1) يخص نزاع بين مؤسسة عمومية و شركة أجنبية.

القضاء في الجزائر لم يستطع أن يتخد موقفا ثابتا في مواجهة التحكيم وفي مدى صحة اتفاق التحكيم، و هو ما فصل فيه لأول مرة في قرار مهم للغرفة التجارية لمجلس الجزائر صادر في 6 نوفمبر 1989 و الذي أقره صراحة صحة شرط تحكيمي ، اتفقت عليه مؤسسة عمومية ، يتبين لنا بأن موقف القضاء الجزائري بدأ يتقبل فكرة التحكيم نتيجة للتطورات سواء السياسية أو الاقتصادية أو القانونية.

مجلس الجزائر في هذه القضية اعترف بصحة اتفاق التحكيم وفقا للمادة 442 فقرة 1 لـ ق ا م ج و الذي يسمح لأي شخص أن يلجأ الى التحكيم ، و بعد أن تناول أحكام المادة 442 فقرة 3 " و اعتبر المؤسسة الوطنية كشخص معنوي للقانون الخاص بما أنها تتصرف كتاجر ، و بالتالي فأحكام القانون التجاري هي التي تطبق عليها " و وفقا لهذه الطبيعة التجارية و أحكام المادة 106 للقانون المدني التي تنص " أن العقد شريعة المتعاقدين " و يؤسس قضاء مجلس الجزائر حكمه بمنح " ارادة الأطراف " سلطة كاملة (2).

---

1 ـ النزاع بين شركة " كروسولوار " ضد المؤسسة العمومية للبناء حيث أبرم العقد بينهما في 20 ماي 1983 الذي يهدف إلى تحقيق أشغال عمومية تهذف لتوسيع مصنع و الذي ينص على شرط يتفق الطرفين بموجبه أن كل نزاع يتعلق بهذه الصفقة سيفصل فيه نهائيا وفق نظام C.C.I .

2 ـ نور الدين تركي، المرجع السابق ص 590

إن تاريخ هدا القرار يجعلنا نتأكد بأن موقف القضاء الجزائري شأنه شأن القانون الجزائري بدأ يستقر على امكانية اللجوء الى التحكيم خاصة بالنسبة للمؤسسات العمومية الاقتصادية.

2 ـ حدود أهلية المؤسسة العمومية الاقتصادية في اللجوء الى التحكيم :

و قد منح المشرع الجزائري عدة امتيازات للشركات الأجنبية للاستثمار و قد أوكل للقضاء الوطني الفصل في النزاعات التي تخص هذه الاستثمارات. لكن هذا الاختصاص أعيد النظر فيه بفضل قانون 88 ـ 01 المتعلق باستقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية .

أ ـ اختصاص القضاء المحلي :

من النصوص التي تقيد أهلية المؤسسة العمومية الاقتصادية من اللجوء الى التحكيم هي أحكام قانون 86 ـ 14 (1) المتعلق بأعمال التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالأنابيب و تشير المادة 63 منه الى أنه في حالة نشوء نزاع يمكن للأطراف اللجوء الى لجنة التوفيق و التي تخص نزاعات الضرائب وفقا للأمر رقم 71 ـ 24 * وفي حالة فشل هذا الاجراء يعود الاختصاص للقضاء العام (2) و هذا الحل الأخير تكرس كذلك بالنسبة لقانون الاستثمارات الأجنبية خارج نطاق المحروقات المؤرخ في 28 أوت 1982 و المعدل سنة 1986 بقانون يتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و سيرها حيث أوجبت على الأعضاء المؤسسين لهذه المؤسسة عرض النزاعات التي تثور بينهم على المحكمة الجزائرية المختصة ـ المادة 53 / 2 منه (3) رغم أن المادة 442 / ق ا م نصت على حق اللجوء الى التحكيم للمؤسسات العمومية الاقتصادية و التي لم تكن تدخل في نطاق تطبيق الفقرة 3 من المادة 442 ق ا م التي لا تجيز لأشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم باعتبار أن المؤسسة العمومية الاقتصادية أشخاص اعتبارية تخضع للقانون الخاص و تتعامل كتاجر في علاقاتها. الا أن هذه القاعدة أي أهلية اللجوء،وضع لها المشرع قيودا فيما يخص النزاعات الضريبية و التي تخص الاستثمارات في مجال المحروقات و كذلك الحال بالنسبة للاستثمارات الأجنبية الأخرى. كما أن الفقرة 3 من المادة 20 التي تنص بأن " الممتلكات التابعة لذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية ...

---

1 ـ راجع ما سبق ص 46 وما يليها .

2- N. TERKI,. la loi de 1986 et l'encouragement des l'investissements étranger dans le domaine des hydrocarbures, RASJE, 1987, P 816 .

3 ـ نور الدين تركي ، المرجع السابق المؤسسة العمومية الإقتصادية و التحكيم ص 594 .

يمكن أن تكون موضوع مصالحة حسب مفهوم الفقرة 1 من المادة 442 من الأمر رقم 66 - 154..". على العكس مما يمكن أن تعطيه لنا هذه المادة للوهلة الأولى (1) فان أحكام هذه المادة تفيد أهلية اللجوء للمؤسسة العمومية الاقتصادية للتحكيم. رغم أنها مقيدة في حدود الأموال التي للمؤسسة العمومية الاقتصادية حرية التصرف فيها أي باستثناء " جزء من الأصول الصافية التي تساوي مقابل الرأسمال التأسيسي للمؤسسة "

كما تجدر الاشارة الى أن هذا القيد سيثير مشاكل على مستوى التطبيق لأن م ع إ التي تبرم عقد ينص على شرط التحكيم سيكون من الصعب عليها الدفع بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية لتجاوز هذا الحد(2) خاصة إذا علمنا بمبدأ اختصاص الاختصاص (3) للمحكمين فالمحكم سيحكم حتما لصالح اختصاصه في النظر في القضية و يبقى تدخل القضاء الوطني محدودا خاصة إذا كان مكان التنفيذ في غير الجزائر .

---

1 ـ راجع ما سبق ص : 47 وما يليها .

2 ـ المرجع السابق ، نور الدين تركي ص 593

3 ـ أنظر موضوع إختصاص الإختصاص ص : 97

خــلاصــة :

ان تطور مفهوم التحكيم مند ظهوره كوسيلة لحل النزاعات و الأهمية التي يوليها له مجتمع التجارة الدولية جعله يتطور بوتيرة سريعة و يضع نظاما حقيقيا لحل المنازعات الخاصة بالتجارة الدولية. مما جعل ابرام اتفاق التحكيم في كل عقد دولي صفة و قاعدة تتميزبها العلاقات التجارية الدولية التي أصبحت تتجه الى بروز قانون خاص دولي لينظمها.

ـ و بعد دراستنا لهذه المفاهيم و التعاريف و خاصة تلك المتعلقة بالتفاق التحكيم نخلص الى إعتباره عقدا حقيقيا و ليس شرطا في العقد بعدما بينا توافر أركان العقد فيه و هي الرضا و المحل و السبب مما يجعله عقدا قائما بذاته يشبه العقد الأصلي المرتبط به كما أنتهينا إلى أن إتفاق التحكيم يمكن تصنيفه الى أنه عقد شكلي ملزم للطرفين . وهو عقد فوري و مسمى و بسيط كما أنه عقد تبعي.

و لهذا يمكن تسميته " بعقد التحكيم " . كما أرى أن مصدر مبدأ الاستقلالية هو هذه الطبيعة القانونية الخاصة لاتفاق التحكيم .

و بما أنه يحمل كل مقومات العقد من أركان فلما إذا يعتبر شرطا و يكون مرتبطا بالعقد الأصلي ! ؟ إذا اتفاق التحكيم هو عقد مثله مثل العقد الأصلي الذي أبرم بسببه،و هذا لا يعني أنه مرتبط بمصير هذا العقد ، فهو مستقل استقلالا تاما عنه بما أنه يحمل عناصر تكوينه.

و بعد دراستنا لتطور موقف المشرع الجزائري محاولين معرفة مصدر إشكالية التطبيق الجزائري لاتفاق التحكيم و الحلول الممكنة في كل مرحلة تبين لنا أن موقف المشرع الجزائري تميز بعدم التناسق في إحكامه الخاصة بين القواعد القانونية الداخلية و القواعد الإتفاقية الدولية ، أي نوعا من الإزدواجية في الموقف ، كما أنه يأخذ موقفا موحدا إتجاه التحكيم في جميع القطاعات الإقتصادية ، فأتسم بتجزئة موقفه فنلاحظ مثلا نوعا من المرونة فيما يخص قطاع المحروقات إلا أنه فرض عليه أحكاما صارمة . كما نلاحظ أن الجزائر حتى و بعد أن أظهرت نيتها في الإنفتاح لهذا النظام في حل المنازعات إتسمت بالتحفظ الشديد مما يجعلنا نعتقد بأن الجزائر كانت مجبرة في الدخول لهذا النظام ، و لم تكن لها الإرادة الكافية في تغيير موقفها ، فكان هذا التغيير نتيجة لدخولها لاقتصاد السوق الذي لم يكن له متسع من الوقت ليتكرس في نظام قانوني . فكان مطلوب من الجزائر ، تطوير أحكامها القانونية لتساير متطلبات الإقتصاد الحر بسبب الضغوطات التي فرضها المتعاملين الإقتصاديين معها ، و يتجسد عدم التناسق ، و الغموض في بعض الأحيان مثلا في الإتفاق الجزائري الفرنسي لسنة 1983 و نظام التحكيم الملحق به و الذي لم يكن محل مصادقة ولا للنشر في الجريدة الرسمية مما يثير عدة تساؤلات حول الغرض من هذا الموقف هل هو التطبيق الصارم للمادة 442 فقرة 3 ؟.

كما نلاحظ أنه نصت عدة إتفاقيات ثنائية أبرمتها الدولة الجزائرية مع الإتحاد البلجيكي اللكسمبوغي و مع إيطاليا سنة 1991 و التي أحالت النزاع لتحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمار ، المنشأ بمقتضى الإتفاقية الخاصة بتسوية النزاعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى ، و المفارقة هنا أن الجزائر لم تصادق على هذه الإتفاقيات إلا مؤخرا في نهاية سنة 1995 مما يثير مسألة التناسق بين أحكام قوانيننا الوطنية ،

كما يتجسد الغموض مثلا في أحكام المادة 20 فقرة 4 من القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية (قانون 88 ـ 01) و التي تنص على المصالحة في حين أنها كانت تقصد التحكيم كما بيننا سابقا .

إن دراسة تطور موقف المشرع الجزائري من التحكيم لها أهمية كبيرة لمعرفة مدى صحة إتفاق التحكيم و أساسه القانوني في كل مرحلة من المراحل التي قطعها المشرع الجزائري ، كان محل جدل كبير بين فقهاء القانون الجزائري، فلقد نصت الجزائر في مرحلة سابقة على شرط التحكيم في أغلب العقود التي أبرمتها سواءا الدولة الجزائرية أو إحدى أشخاصها الاعتبارية أو المؤسسات العمومية الاقتصادية تحيل بمقتضاه النزاع للتحكيم مما يدعونا للتساؤل حول صحة هذا الشرط.

يمكن القول لأول وهلة بصحة هذا الاتفاق بموجب المادة 442 فقرة 1 من قانون الاجراءات المدنية و المادة 106 من القانون المدني. لكن ما تلبث أن تصطدم هذه المادة بالقاعدة الشهيرة التي جاءت بها المادة 442 فقرة 3 التي تحظر على الدولة و الأشخاص الاعتبارية العمومية اللجوء الى التحكيم ، مما تطرح اشكالية نطاق هذه القاعدة فهل تعدم هذه القاعدة أهلية الدولة والاشخاص الاعتبارية العمومية للجوء الى التحكيم فحسب أم أنها تمتد للمؤسسات العمومية الاقتصادية. اذا أخذنا بحرفية النص فتصبح الأشخاص المعنوية العامة بمعناها الواسع والدولة غير مؤهلة للجوء الى التحكيم وتدخل ضمنها حتى المؤسسات العمومية الاقتصادية ، لكن اعادة النظر في النص وخاصة في مصطلح الأشخاص العمومية ينتج ما يلي ان الدولة باعتبارها أول شخص اعتباري اداري ، وبدون شك فان اهليتها مرفوضة وكذلك الأشخاص الاعتبارية الادارية الأخرى .

أما بالنسبة للمؤسسات العمومية الاقتصادية فالتفسير الضيق الذي يجد مبرراته في مقتضيات التجارة الدولية يبعدها من نطاق الحظر . كما انه لايمكن اعطاء حل ثابت لصحة شرط التحكيم في العقود المبرمة لأن النظام القانوني الجزائري كما بينت سابقا مر على عدة تطورات،و يختلف هذا الحل في كل مرحلة و حسب موضوع المنازعة . وفي كل مرحلة تطرح إشكالية جديدة .

إلا أنه و بصفة عامة أصبح مبدأ ، إستقلالية اتفاق التحكيم ، الذي سأتناوله في الباب الثاني ، يشكل نظاما حقيقيا ، لحماية اتفاق التحكيم ، سواءا من مصير العقد ، أو حتى مايخص صحته . فأصبح اتفاق صحيحا بمجرد وجوده في العقد ، و هذا بناءا على مبدأ إستقلاليته عن قانون العقد ، و عن أي قانون وطني ، و أصبحت ، قاعدة صحة اتفاق التحكيم ، قاعدة معترف بها في الكثير من القرارات القضائية، و التحكيمية ، فلا يمكن الإحتجاج بقاعدة داخلية ضد صحة اتفاق التحكيم ، و هو ما يسري طبعا على المادة 442 فقرة 3 الشهيرة ، حتى و إن كان الطرف في النزاع شخصا إعتباريا عاديا .

الباب الثاني : النظام القانوني لاتفاق التحكيم .

تحديد و تقسيم :

نقصد بالنظام القانوني لاتفاق التحكيم بتلك القواعد و المبادئ القانونية ، سواءا كانت قواعد من النظام القانوني الداخلي ، أم أنها قواعد إتفاقية دولية ، جاءت بها مجموعة البروتوكولات و الإتفاقيات الدولية التي تنظم التحكيم بصفة عامة ، و إتفاق التحكيم بصفة خاصة . و بعدما تطرقنا في الفصل الأول إلى المفاهيم المختلفة للتحكيم و لإتفاق التحكيم ، و بعدما درسنا التطورات و المراحل التي مر بها موقف المشرع الجزائري و الإشكاليات المطروحة على مستوى التطبيق و الممارسة الجزائرية في علاقاتها التجارية و الدولية . و مسألة مدى صحة إتفاقيات التحكيم التي حملتها في طياتها هذه العقود الدولية . يبقى أن ندرس النظام لقانوني لإتفاق التحكيم الذي يعتبر التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية ، واحداث قسم ثاني ينظم " التحكيم الدولي " تأسيسا لهذا النظام .

إن أهم مبدأ في هذا النظام القانوني هو مبدأ الإستقلالية (الفصل الأول) أي إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأساسي و الذي إنبثقت منه عدة نتائج منها المباشرة و المتعلقة بالعقد مباشرة أو تلك النتائج الغير مباشرة و المتعلقة بمبدأ الإستقلالية . و سأتناول إستقلاليته عن أي قانون وطني و أدرس فيه القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم و مجاله القانوني بدراسة شروط و آثار صحة إتفاق التحكيم (الفصل الثاني .)

و السؤال الذي يطرح بصدد هذه الدراسة هو ما مدى مسايرة القانون الجزائري للقواعد الدولية للتحكيم؟ .

1ـ راجع في هذا الموضوع :

ـ سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ج1 طبعة منشأة المعارف 1984 ص 69 و ما بعدها ، ـ احمد عبد الكريم سلامة نظرية العقد الدولي الطليق ، دار النهضة العربية 1989 القاهرة ، ص 233 و ما يليها ـ زروتي الطيب النظام القانوني للعقود الدولية ، رسالة دكتوراه جامعة الجزائر ، 1991 ص 358 و ما يليها

ـ نور الدين بن الشيخ ، شرط التحكيم في العقود الإقتصادية الدولية ، رسالة ماجستير جامعة الجزائر ، 1986

-- René David, L'arbitrage dans Le commerce international, DallOZ 1965 - B Goldman Arbitrage commercial - international J- CL dr. int Fasc 586 -- 1
1989 -- EmanueL GaiLLARD, Arbitrage Commercial international J- CL dr. int Fasc 586 -1
1994 P4 - G GASTON, précis de L'arbitrage Commercial Librairie DaLLoz 1964.
Paris - Goldman .
Les problémes Spécifique de L'arbitrage international Rev. Arb. 1980 - Frances Kakis, Le principe Jurisprudentiel de Lautonomie de L'accord Compromissoire L'arrét « HECHICT »
Rev. Arb. 1974 .

الفصل الأول : مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم .

يقصد بإستقلالية إتفاق التحكيم عدم تأثره بالعقد الأصلي لا من حيث الصحة و التمسك ببطلانه ، ولا من حيث القانون الواجب التطبيق عليه و إمكانية تلافي اللجوء لقواعد الإسناد (1)

ولا يمكن دراسة مبدأ الإستقلالية و الآثار المهمة و الخطيرة التي تترتب عنه دون دراسة الطبيعة القانونية للمبدأ و مصادره،سواء بدراسة أهم القاضايا و القرارات التي كانت مطروحة على القضاء الفرنسي الذي يعود إليه الفضل في بروز هذا المبدأ أو بمعرفة موقف الإتفاقيات الدولية و الأنظمة التحكيمية و مدى تكريس المبدأ من قبل الإجتهاد التحكيمي الدولي و القانون المقارن ، و أخيرا سأدرس تأكيد القانون الجزائري لمبدأ الإستقلالية الذي تأثر و أستمد أحكامه من كل هذه القرارات القضائية و الأحكام القانونية .

المبحث الأول : طبيعة مبدأ الإستقلالية .

يحدث في الكثير من الحالات أن النزاع المطروح بين الأطراف فيما يخص معرفة ما إذا كان العقد المبرم بين الطرفين صحيحا أم لا و هل هو نافذا يؤدي إلى طرح إشكالية بالنسبة لهذا المضوع في حالة ما إذا وجد شرط تحكيمي في العقد و أصبح هذا العقد باطلا أو منعدما هل يعني هذا أن شرط التحكيم يصبح في نفس الوقت باطلا و هل يمكن الإبقاء على آثاره . ؟ المشكل المطروح هو في معرفة ما إذا كان الإتفاق المبرم بين الطرفين للجوء إلى التحكيم أي " إتفاق التحكيم " هو شرط عادي ، أم نعتبره بالعكس مستقلا عن هذا الإتفاق ؟ (2) و هوماسنتطرق لتحليله .

لقد بدأت المبادئ التي تمليها النظرية العامة لتنازع القوانين و تقرير سلطان و هيمنة قانون العقد على كافة شروطه منها شرط التجكيم في التراجع ، في ظل الإتجاه نحو إعتبار التحكيم ذو حساسية مفرطة ضد إستخدام النظام التقليدي لحل تنازع القوانين (3) .

---

1 ـ زروتي الطيب المرجع السابق ص 358 .

2 -- René Davide L'arbitrage dans le commerce international économica Paris, 1982, P: 231 et sui

* أنظر ملاحظاتنا حول طبيعة إتفاق التحكيم ص : 18 و ما يليها .

3 ـ أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق ، (دار النهضة العربية) 1989 القاهرة . ص . 233

و بالفعل ظهرت سنة 1960 قاعدة موضوعية مقتضاها تقرير صحة إتفاق التحكيم دون التقيد بالقواعد الواردة في التشريعات الداخلية . نقطة إنطلاق هذه القاعدة الموضوعية وضعتها محكمة النقض الفرنسية التي قررت مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم في مجال العلاقات الدولية الخاصة (1).

إذا إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأساسي هو مبدأ للقانون الموضوعي الفرنسي للتحكيم . " Un principe de droit materiel Français " و ليس بقاعدة تنازع ، بعبارة أخرى وفقا للقانون الفرنسي بمجرد أن يوضع إتفاق لتنظيم تحكيم دولي فسيكون مستقلا عن العقد الأصلي ، مهما تكن الحلول الموضوعة من قبل القانون الأجنبي المحتمل تطبيقه على العقد أوعلى إتفاق التحكيم ذاته (2) .

فنخلص إلى أن هذا المبدأ قبل أن يكون قاعدة قانونية أو مبدأ قانوني داخلي ، كان قاعدة من القواعد الموضوعية الدولية . إن النظام القانوني لإتفاق التحكيم يسيطر عليه مبدأ إستقلالية هذا الإتفاق ، الذي كان نتيجة لتطور الإجتهاد القضائي و الذي يريد تحويله إلى مبدأ صحة إتفاق التحكيم . (3)

و يعني مبدأ الإستقلالية إمكانية تلافي اللجوء إلى قواعد الأسناد كأسلوب فني لحل مسألة تنازع القوانين عن طريق إقرار قواعد موضوعية واجبة التطبيق ، تعطي حلولا مباشرة و تحسم المسألة المتنازع فيها . (4) إلا أن مبدأ الإستقلالية لم يتقبله بنفس السرعة فقهاء اللغة الإنجليزية . " La doctrine de Langue angLaise " . (5) و يلاحظ أن إستقلالية شرط التحكيم يخص التحكيم الدولي دون التحكيم الأجنبي ، الذي يرتبط بعلاقة قانونية داخلية بحتة تهم إقتصاد بلد واحد ، و يجب أن نذكر في هذا الصدد أن الحلول الخاصة بالتحكيم الدولي تخص الحالات التي ترتبط بعقود تثير مصالح التجارة الدولية ، لكن ليس الحال كذلك بالنسبة للتحكيم الأجنبي الذي يكون محله داخلي ، بحيث إذا كان قانون البلد الذي يرتبط به هذا التحكيم يستبعد إستقلالية إتفاق التحكيم فلا نرى كيف يستطيع القاضي المتولى البث في النزاع رفض تطبيق هذا الحل . (6) و بهذا نستخلص الطبيعة الدولية لمبدأ الإستقلالية فهو لا يمتد حتما إلى التحكيم الأجنبي الذي له طبيعة داخلية .

---

1 ـ مبروكين علي، محاضرات في التحكيم التجاري الدولي .

2ـ جولدمان (J . C L) المرجع السابق . ص 4 .

3ـ نفس المرجع ص 3 .

4 ـ زروني الطيب ، المرجع السابق ص 358

5 -- EmanueL GAILLARD J-CL droit international Fasc, 586 - 1994 P: 4 .

6 ـ نور الدين بن الشيخ، شرط التحكيم في العقود الإقتصادية الدولية رسالة ماجستير جامعة الجزائر . 1986. ص : 80

وبما أنه يعود الفضل إلى القضاء الفرنسي في بروز مبدأ الإستقلالية سأتناول أهم القضايا في هذا الموضوع ، مبينا التطبيق المستمر لمبدأ الإستقلالية و سوف أبحث عن موقف الإتفاقيات الدولية و الأنظمة التحكيمية الأخرى من المبدأ و عن مدى تكريس الإجتهاد التحكيمي الدولي للمبدأ و أخيرا عن موقف القانون الجزائري و مدى تأكيده للمبدأ .

المطلب الأول : المصادر الدولية لمبدأ الإستقلالية .

لا يمكن أن أتطرق إلى تكريس مبدأ الإستقلالية في القانون الجزائري دون أن أتطرق إلى النظام الدولي لاتفاق التحكيم و مدى تكريس هذا المبدأ في الإجتهاد التحكيمي الدولي و القوانين المقارنة و التي تعتبر كمصدر تشريعي للقانون الجزائري ، إستلهم منها القانون الجزائري للتحكيم التجاري الدولي الجديد أحكامه .

الفرع الأول : مصدره القضاء الفرنسي

1 ـ قضية جوسي GOSSET

إن أهم قضية في موضوع الإستقلالية هي قضية جوسي . " Gosset " (1) و تتلخص وقائعها ، في أن قرار تحكيمي صدر في إيطاليا تنفيذا لشرط تحكيم لصالح مصدر إيطاليا يدعى " كارابيللي " ضد مستورد فرنسي يدعى " جوسيه " يثبت مديونية بدفع تعويض عن عدم تنفيذ العقد المبرم ، (عقد بيع بذور) بينهما و عندما طلب الأمر بتنفيذ القرار بفرنسا ، دفع الطرف الفرنسي برفض طلب التنفيذ (L'exequator) بحجة بطلان العقد الأصلي لمخالفته لقواعد النظام العام المتعلقة بالإستيراد و التصدير بفرنسا و بالتالي بطلان شرط التحكيم ، و دون أن تبحث محكمة النقض الفرنسية في صحة الإدعاء ببطلان العقد ، و في القانون الواجب التطبيق عليه بوجه عام ، قررت بتاريخ 7 ماي 1963 أن إتفاق التحكيم يمثل إستقلالية تامة عن العقد (2) سواء ا كان شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم فهي تخضع لنظام قانوني مشترك حدد في قرار المحكمة بمصطلح " الإستقلالية " و سنورد نص القرار

---

1 ـ الحكم منشور في دالوز . 1963 ص 545 تعليق جون روبير J - Robert و في الأسبوع القانوني JCP 1963 II 13405 تعليق Goldman و في المجلة النقدية . RCDIP 1963 ص 615 تعليق Motulsky و في مجلة التحكيم 1963 ص 60 . Clunet 1964 ص 83 . Bredin

2 ـ أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ص . فقرة 235 .

بما يلي : " في مجال التحكيم الدولي إتفاق التحكيم سواء أبرم منفصلا أو أدرج في التصرف القانوني الذي يتعلق به يكون له دائما ـ إلا في حالات إستثنائية ـ إستقلالا قانونيا تاما يحول دون إمكان تأثره باحتمال عدم صحة أو بطلان هذا التصرف " (1)

يعتبر قرار جوسي مرجعا أساسيا لمبدأ الإستقلالية لأنه لأول مرة يستعمل صراحة مصطلح إستقلالية قانونية ، كما يستبعد تماما أية إمكانية للإحتجاج ببطلانه بسبب بطلان العقد الأصلي ، حيث كان القرار واضحا و صريحا ، كما تظهر أهمية القرار في استبعاد أي إحتمال للتفريق بين شرط التحكيم الذي يتصل بالعقد و مشارطة التحكيم . التي تكون منفصلة عنه . و هو الأمرالذي أكدت و أجمعت عليه تعليقات فقهاء القانون الدولي الخاص على أن هذا الحكم يمثل سابقة هامة في مجال إتفاقيات التحكيم (2) لأنه :

1 ـ أبرز لأول مرة أنه في مجال التحكيم الدولي يتعين إعطاء عبارة " إتفاق التحكيم " مفهوما موحدا سواءا كان على شكل شرط تحكيم منصوص عليه في العقد ، أو كان مشارطة لاحقة و مستقلة عنه بحيث يتمتع الإثنان بذات القدر من الإستقلالية و الأثر القانوني .

2 ـ قرر بأن إتفاق التحكيم في المجال الدولي يتمتع باستقلالية قانونية تامة كقاعدة عامة لا تتأثر باحتمالات إبطال العقد الأصلي .

3 ـ إقرار حقيقة هيئة التحكيم في الإستمرار في نظر النزاع و إصدار حكم واجب التنفيذ . (3)

إن وضوح و صراحة هذا القرار كما ذكرت سابقا جعلت كل القرارات اللاحقة التي تفصل في نفس الموضوع تتخذه كسابقة تؤسس عليها المحاكم قراراتها في قضايا مشابهة لها و سؤشير باختصار على أهم هذه القضايا اللاحقة و القرارات التي صدرت بشأنها .

---

1 - En . matière d'arbitrage international . l'accord compromissoire qu'il soit conclu séparément où inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours sauf circonstances exeptionnelles, une complète autonomie juridique excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de l'acte » . - 1

2 ـ سامية راشدة ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، القاهرة ، منشأة المعارف ، 1984 ، ص 93 .

3 ـ سامية راشد ، نفس المرجع ، ص 94 .

2 ـ بالنسبة لقضية أمبكس : *Impex*

أكد القضاء الفرنسي في نفس الموضوع مبدأ الإستقلالية في قضية أخرى تسمى " Impex "، في قرار صادر في 18 ماي 1971 تدور وقائع هذه القضية حول تصدير حبوب إلى إيطاليا عن طريق البرتغال و سويسرا للحصول على الإمتيازات المقررة في إطار السوق الأوربية المشتركة و هذا لتصديره لدول أخرى خارج السوق . مما دعى السلطات الجمركية الفرنسية إلى رفض تراخيص التصدير على أساس الغش . و جرى التحكيم بفرنسا وفق العقد المبرم ، و أثيرت مسألة بطلان العقد لعدم مشروعية السبب و كذلك مدى تأثير بطلان العقد التجاري على شرط التحكيم ذاته ؟ .

و رفع النزاع أمام محكمة النقض الفرنسية التي قضت بأن " بطلان العقد التجاري الأصلي لعدم مشروعيته بسبب الغش لا يؤثر على صحة إتفاق التحكيم الذي يتعين النظر إليه مستقلا عن العقد" (1) إذا محكمة النقض الفرنسية في قرارها الأول أكدت إستقلالية شرط التحكيم بالتذكير بنفس أسباب قضية " جوسي " (2) كما أن القضاة تمسكوا بالحكم الصادر من المحكمين و فسروا العقد كأن لم يكن مشوبا بالبطلان (3)

و جدير بالذكر أن محكمة النقض في هذا الحكم أيدت قاضي الموضوع." في قانون إتفاق التحكيم الدولي الخاص يكون إتفاق التحكيم مستقلا قانونا " و هذا الحكم أيد مبدأ الإستقلالية دون أدنى تحفظ حيث لم يقرر إمكانية الخروج عليه في حالات إستثنائية ، كما جاء سابقا في قضية جوسي (4) .

3 ـ قضية إيتش *HECHT*

تتعلق هذه القضية بوكيل تجاري فرنسي و شركة هولندية التي منحت له ترخيصا بامتياز . « mandat exlusif. » للبيع في فرنسا منتوجا قامت بإنتاجه و قد اشترط العقد صراحة تطبيق المرسوم الفرنسي الصادر في 23 ديسمبر 1958 الذي ينظم مهنة الوكيل التجاري ، كما ينص من جهة أخرى على شرط تحكيمي يحيل بموجبه لغرفة التجارة الدولية حل النزاع الذي يمكن أن يثور ، و في هذه الحالة القانون الداخلي الفرنسي لايسمح بالنص على شرط التحكيم في العقد إلا إذا كان الطرفان تاجران ،

---

1 ـ علي ميروكين، المرجع السابق

2 -- « L' accord compromissoi re Comme Juridiquement autonome en droit international privé français »

3 ـ فرنسيس كاكيس ، المرجع السابق، 70 و 74

4 ـ سامية راشد، المرجع السابق ص 95 .

و هذا ما لا ينطبق على صفة الوكيل التجاري (1) و قررت محكمة النقض بتاريخ 4 جويلية 1972 و بعبارة تكاد تتطابق مع عباراتها في حكم " جوسي " تأييدها لمحكمة استئناف باريس فيما ذهبت إليه من أن لشرط التحكيم إستقلالا قانونيا كاملا عن العقد الذي أدرج فيه . (2)

و يرى الأستاذ " برينو أوبيتى " " B.OPPETIT " بأنه لم تقصد المحكمة حتى ضمنيا إخضاع إتفاق التحكيم المحتمل لقانون مختلف عن ذلك الذي يحكم العقد الأصلي فهي تستنتج إذا و ببساطة من مبدأ الإستقلالية ، صحة إتفاق التحكيم ، دون الرجوع إلى القانون الذي يحكمه ، ففكرة قانون الإسناد تمحى تماما . لكن تحليل حيثيات و أسباب قرار جوسي .

و نفس الشيء بالنسبة لقرار إيتش يطرح مسألتين :

يجب أولا معرفة متى يمكن للمبدأ أن يتدخل و هو ما يسميه الأستاذ جولدمان نطاق المبدأ ثانيا يجب معرفة المقصود من الظروف الإستثنائية التي يسبب وجودها إستبعاد المبدأ .ويلاحظ أن قرار جوسي و إيتش يشيران إلى التحكيم الدولي بصفة عامة . و هو ما يجرنا إلى المعيارين اللذان يحددان الطبيعة الدولية للتحكيم أو للعقد . و هنا نطرح المعيار القانوني و المعيار الإقتصادي . (3) بينما و بعد ذلك بمدة معينة قرار " أمبكس " أظهر إستنتاج آخر لقضاة الموضوع أقر بموجبه أن القضية المتنازع فيها تضع في اللعب مصالح التجارة الخارجية . و لقد استعملت هذه العبارة من قبل محكمة النقض في القرارين الصادرين في 10 فيفري 1930 و 27 جانفي 1932 لقبول شرعية الشرط الذي عقد قبل قانون 31 ديسمبر 1925 في قضية تجارية (4) و هي بالتالي أخذت بالمعيار الإقتصادي في تحديد مجال مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم دون المعيار القانوني .

---

1 ـ فرنسيس كاكيس . المرجع السابق ص 74 .

2 ـ و جاءت الصياغة كما يلي :

« En matière d'arbitrage international l'accord compromissoire présente une complète autonomie ».

3 ـ راجع الطبيعة الدولية للتحكيم ص : 10 و ما يليها .

4 -- Frances, Kacis, principe Jurisprudentiel de L'autonomie de L'accord compromissoire --
L'arrét (HECHET) Rev Arb. 1974 P 86

أما بالنسبة للنقطة الثانية الخاصة بالظروف الإستثنائية فيتساءل الأستاذ فرنسيس " كاكيس " . هل يمكن إعتبار النص على هذه الظروف الإستثنائية ما هو إلا احتياط شفوي مما يمكن أن يظهره المبدأ من جديد ، و هو مالم يذكر في القرارين الأخيرين لمحكمة النقض .

4 ـ قضية " مينككسي " " Municucci "

تخص هذه القضية عقدا تجاريا أبرم بين شركة هولندية و شخص فرنسي لايمارس مهنة تجارية فوفقا للقانون الفرنسي مثل هذا العقد لا يجوز أن يتضمن شرط التحكيم . مما وقع بشأنه نزاع و رفع هذا الأخير دعوى أمام محكمة فرنسية للفصل في الخلاف الناشئ بينه و بين الشركة الهولندية ، دفعت هذه الأخيرة بعدم اختصاص القضاء الفرنسي ، إستنادا إلى وجود شرط التحكيم في العقد ، و قد حاول الطرف الفرنسي الرد بأنه ليس تاجرا ، و الطبيعة المختلطة للعقد تحول دون صحة الشرط المذكور ، و لكن محكمة إستئناف باريس لم تجب طلبه (1) و قضت سنة 1975 بأنه " يتصف العقد في القضية المعروضة أمامنا بالصفة الدولية و لقد أبرم ... و يتعلق بمصالح التجارة الدولية ... و دون أن يكون هناك محلا في هذه الحالة لبحث القانون واجب التطبيق على موضوع العقد فإنه يكفي ... التأكيد ، مع الأخذ بالإعتبار إستقلالية شرط التحكيم المنشىء للتحكيم في العقد الدولي بأن هذا ـ الشرط ـ يكون صحيحا و مستقلا دون أي رجوع لقانون أية دولة " .

و بهذا إستبعدت المحكمة الفرنسية أحكام القانون الفرنسي بمجرد أن العقد التجاري كان له صفة الدولية فهذا الحكم الأخير كان صريحا في تحرير شرط التحكيم من سلطان القوانين الوضعية خصوصا من سلطان قانون العقد ، و كما يقول الأستاذ جولدمان برثولد بأن : " إستقلالية شرط التحكيم ليست قاعدة إسناد ، و لكن قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص ، خاصة بالتحكيم الدولي ، لا تترك أي مكان لتطبيق قانون أجنبي ، و بعبارة أخرى و في تعليقه على حكم آخر هي " قاعدة من قواعد القانون الدولي الحقيقي ، تلقى إعترافا من أجل حاجات التجارة الدولية ، من قبل الأمم المساهمة فيها . (2)

---

1 ـ أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق فقرة 238

2 ـ جولدمان المرجع السابق ص : 5 و ما يليها

من خلال عرضنا لأهم القرارت الصادرة من محكمة النقض الفرنسية و القضاء الفرنسي الذي يعتبر منبع هذه القاعدة يتبين لنا أن مبدأ الاستقلالية أصبح قاعدة معترف بها و هي تبتعد من أن تكون قاعدة إسناد فهي قاعدة مادية (1)

كما يمكن طرح تساؤل ثان يخص مجال تطبيق مبدأ الإستقلالية فهل يكفي أن يكون النزاع دوليا بالمفهوم القانوني – باعتبار إقامة الأطراف أو مكان إبرام العقد ... الخ – أو تحديد طبيعة النزاع الدولية بالنظر لموضوعه و هو أن يخص عملية إقتصاد دولية ، و هو الطرح الذي جاءت به هذه القضايا الثلاثة ؟ إن تفسير قرار جوسي كما يقول الأستاذ " فرنسيس كاكيس " تفسيرا ضيقا - يجرنا إلى الحل الثاني أي يخص عملية إقتصادية دولية و نصل إلى ذات الحل إذا فسر القرار تفسيرا واسعا .

يطرح الأستاذ " فرنسيس كاكيس " في الحقيقة إشكالية المعيار في تحديد النزاع الدولي فهل يؤخذ بالمعيار القانوني أو بالمعيار الإقتصادي في تحديد الطبيعة الدولية للنزاع ، و إذا طرحنا تساؤلا حول موقف القانون الجزائري فنخلص إلى أن القانون الجزائر أخذ بالمعيارين الإقتصادي و القانوني في المادة الثانية من المرسوم التشريعي ، و السؤال الذي يطرح فيما يخص القانون الجزائري هل يجب للأخذ بمبدأ الإستقلالية توفر المعيارين أم أنه يكف توفر المعيار الإقتصادي ؟.

---

1 – برزت القواعد المادية نتيجة لعدم توافق القوانين الوطنية مع حاجيات العلاقات الاقتصادية الدولية، و تزامن ذلك مع وجود مجتمع متماسك من رجال التجارة الدولية أن نشأت عدة قواعد موضوعية Règles substantielles أو على ما يسميها البعض قواعد مادية Règles matérielles لحكم تلك العلاقات ، و هي تتكون بطريقة عرفية داخل المجتمع الدولي لرجال الأعمال و التجار ، و هي قواعد متناسقة و متضامنة ، تثير وضع قانون جديد .

و يؤكد الفقهاء على أن القانون المادي للتجارة الدولية ، لا يختلط بالقانون الوضعي للدول المختلفة فله ذاتيته الفريدة تبعده تماما عن الفكرة التقليدية للقانون فهذا الأخير هو نتاج تطور تاريخي ، و إقتصادي، و سياسي لمجتمع معين . أما القانون التجاري الجديد فهو من ناحية نتاج وجود مجتمع متماسك ،تقوم بين أعضائه علاقات و مبادلات لها خصوصياتها و تنظيمها الذاتي .

أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق فقرة 269

للإجابة على هذا التساؤل فنقول : بما أن مبدأ الإستقلالية يعتبر قاعدة مادية دولية و تستمد مشروعيتها باعتبارها مبدأ قانونـي للتحكيم الدولي فيكفي توفر المعيار الإقتصادي (1) أي أن يخص النزاع مصـالح التجارة الدولية ليصبح إتفاق التحكيم مستقلا إستقلالا تاما عن العقد . خاصة و أن الهدف من وجودها هو إستبعاد جميع القيود الواردة في التشريعات الداخلية . لكن إذا التزمنا بحرفية النص و أخذنا بالتفسير الضيق فنلاحظ أن المشرع الجزائري استعمل حرف العطف الـواو و هـو يفيد جمـع المعيـارين الإقتصادي و القانوني و وجوب توفرهما .

الفرع الثاني : تأكيد المبدأ في الأنظمة التحكيمية .

تمنح بصفة عامة الأنظمة القانونية الخاصة بالتحكيم سلطتها لإرادة الأطراف.إن تـأكيد مبـدأ إستقلالية إتفاق التحكيم لا يمكن تفسيره إلا باعتباره دليلا على أن إرادة الأطـراف هـي التـي قـامت بـإبرام إتفـاق التحكيم و اتفاق الموضوع (2) و هو ما سوف نتأكد منه باستعراض أهم هذه الأنظمة خاصة تلك التـي تعتمد عليهـا الأطـراف الجزائريـة أو بعبـارة أدق تلـك التـي تتبناهـا الشـروط التحكيميـة لغرفـة التجـارة الدولية. (3)

أ ـ أهم نظام للتحكيم الذي يكرس مبدأ إستقلالية إتفـاق التحكيـم هـو نظـام المصالحـة و التحكيـم لغرفـة التجارة الدولية ، و هم من أهم الأنظمـة التحكيميـة الدوليـة و أكثرهـا تطبيقـا علـى مستوى النزاعـات المطروحة دوليا ، و ينص هذا الأخير في المادة 13 فقرة 4 . " إن الادعاء ببطلان العقد أو انعدامه لا يؤدي لعدم اختصاص المحكم إذا تمسك بصحـة إتفـاق التحكيـم ، و يبقـى مختصـا حتـى فـي حالـة عـدم صحة أو بطلان العقد ، لتحديد الحقوق الخاصة بالأطراف و الفصـل فـي طلبـاتهم . مـاعدا فـي شـروط مخالفة " . *

نخلص من أحكام هذه المادة أن مبدأ الإستقلالية تأكد بصفة واضحة في نظام المصالحة و التحكيم لغرفة التجارة الدولية في حالة الإحتجاج ليس فقط بالبطلان لكن حتى بعدم وجود العقد الأصلي ، و بدون شك فإن المحكم عندما يثبت عدم وجود أو بطلان العقد الأصلي فإنه لا يقف في هذا الإثبات و إنما بـالعكس يخلص للآثار التي تترتب على إدعاءات الأطراف ، و لا يمكن له الدفـع بعـدم اختصاصـه إلا إذا أثبـت عدم وجود أو بطلان إتفاق التحكيم ذاته .

---

1 ـ راجع الطبيعة الدولية لاتفاق التحكيم ص : 10 .

2 ـ إمانويل جيار، المرجع السابق ص 5 .

3 ـ لقد نصت شركة سوناطراك على هذا النظام في العديد من الشروط التحكيمية التي أبرمتها . كما بيننا في المباحث السابقة .

كما نذكر بأحكام نظام المصالحة و التحكيم لغرفة التجارة الدولية و التي تحول للمحكمة مهمة التحقيق في وجود إتفاق التحكيم و خاصة إتفاق يشير لغرفة التجارة الدولية و هي المواد 7 و 8 فقرة 3 (1)

ب ـ ينص نظام التحكيم الذي صادقت عليه الجمعية العامة للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بتاريخ 28 أفريل 1976 على أحكام خاصة بمبدأ الاستقلالية و تشير المادة 21 فقرة 2 على أن الشرط التحكيمي الموجود في العقد و الذي يحيل التحكيم لصالح نظام لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري التجاري الدولي يعتبر إتفاقا متميزا عن غيره من الشروط و أن إثبات بطلان العقد من طرف محكمة التحكيم لا يؤدي إلى بطلان الشرط التحكيمي . (2)

جـ ـ و هذا ما أكده كذلك القانون النموذجي للجنة (الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي) . و الذي وضع بتاريخ 21 جوان 1985 في مادته 16 فقرة 1 و التي تنص بأن " المحكمة التحكيمية يمكن أن تفصل في اختصاصها و كذلك في كل ما يتعلق بوجود أو صحة إتفاق التحكيم لهذا الغرض فإن شرط التحكيم المنصوص عليه في العقد يعتبر إتفاقا متميزا عن غيره من شروط العقد . كما أن إثبات بطلان العقد من قبل المحكمة التحكيمية لا يؤدي إلى بطلان الشرط التحكيمي . " و هذا النص كسابقه يكرس بوضوح إستقلالية إتفاق التحكيم كما أنه لا يشير مباشرة إلا لشرط التحكيم المبرم في العقد الأصلي ، و بدون شك يقصد الشرط بمعناه الواسع يشمل مشارطة التحكيم التي تكون مستقلة عن العقد كذلك .

د ـ كذلك الشأن بالنسبة لنظام محكمة تحكيم لندن London Court OF international Arbitration و الذي ينص في المادة 14 فقرة 1 منه بنفس الأحكام و العبارات التي جاء بها نظام لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي CNUDCI في المادة 21 فقرة 2 . (3)

---

* و النص بالفرنسية كما يلي :

* « Sauf . stipulation Contraire . la prétendue nullité ou inexistence alléguée du contrat n'entraine pas l'inconpétence de l'arbitre s'il retient la validité de la convention d'arbitrage il reste compétent , même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat . pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur leur demande et conclusion . »

1 - Goldman , Arbitrage Commercial international, J - CL dr. int . 1989 Fasc 586. 1 n°

2 ـ راجع إمانويل جيار ، المرجع السابق ص 5 .

3 ـ جولدمان ، المرجع السابق ص 9

هـ ـ كما أكد على مبدأ الاستقلالية نظام التحكيم الدولي لجمعية التحكيم الأمريكية . . American Arbitrage . Association بنفس العبارات السابقة الذكر . بعد أن نصت بأنه . " يجب أن يعتبر شرط التحكيم كإتفاق متميز عن غيره من شروط العقد . "
و لأهمية هذا المبدأ أكدت عليه العديد من الأنظمة التحكيمية منها مثلا المادة 13 فقرة 5 لنظام المعهد الهولندي للتحكيم لسنة 1986 (1) .
يتبين لنا من خلال عرض أهم الأنظمة التحكيمية الدولية . أن استقلالية إتفاق التحكيم لم تعد قاعدة موضوعية خاصة في القانون الفرنسي بل أصبح مبدأ تكريسه،و تقترحه أغلب الأنظمة التحكيمية الدولية و أهمها سواء في السنوات القريبة الماضية أو في الأنظمة الصادرة حديثا .
و بعدما تناولنا الإتفاقيات الدولية من المبدأ و مدى تأكيده في الأنظمة التحكيمية الدولية سأتطرق إلى مدى تكريس مبدأ الإستقلالية من قبل الإجتهاد التحكيمي الدولي و الأنظمة القانونية الداخلية ؟ .

الفرع الثالث : تكريس المبدأ من قبل الإجتهاد التحكيمي الدولي و القانون المقارن .

أ ـ كرّست العديد من الأحكام التحكيمية إستقلالية إتفاق التحكيم بالنسبة للعقد كمبدأ عام للتحكيم التجاري الدولي دون حاجة لإيجاد مصدر وطني معين لتبريره .
إن القرارات الثلاثة المشهورة (1) التي صدرت خلال السبعينات و التي تخص النزاعات المتعلقة بالإمتيازات البترولية الليبية حيث طبقت المبدأ و قررت أن إتفاق التحكيم يبقى بعد توقيف عقد الإمتياز نتيجة للتأميم و يمكن أن يتأسس عليه إختصاص المحكمة التحكيمية .
في قضية " بريتش بتروليوم " الحل كان ضمني في القرار الصادر في 10 أكتوبر 1973 من طرف السيد " لاجيرقران " . LAGERGREN المحكم الوحيد الذي تأسس بناء على طلب الشركة (BP) التي ادعت بأن قانون التأميم و الإجراءات المتخذة ، لا تترتب أي أثر لتضع حدا لإتفاق الإمتياز و الذي يبقى صحيحا وفقا للقانون و ساريا ، لكن الحكم الصادر قرر بأن " قانون تأميم شركة " برتش بتروليوم" وضع حدا لإمتياز (BP) باستثناء أنه أقر أساس إختصاص هذه المحكمة و بالتالي حق المدعي في طلب التعويض من المدعى عليه أمام هذه المحكمة ". * بطريقة أقل ضمنية في قضية " تكساكو"

---

1 ـ جيار إمانويل، المرجع السابق ص 5 .
2 ـ راجع الباب الأول الفصل الثاني في هذا الموضوع ص : 26 و ما يليها .
3 ـ جاءت الصياغة باللغة الفرنسية كما يلي:
« * la loi de nationalisation BP a mis fin à la concession BP exepté en ce qué la concession BP constitue le fondement de la competence du tribunal et du droit du réquérant de reclamer des domages - intérêts au defendeur devant ce tribunal . »

ضد الحكومة الليبية ، حيث أصدر المحكم " روني جون ديبوي" حكما تمهيديا في 27 نوفمبر 1975 حول الإختصاص رفض بموجبه على أساس مبدأ الإستقلالية وجهة نظر الحكومة الليبية التي ترى بأن التأميم يؤدي لإلغاء عقد الإمتياز مما يؤدي لامتداده للشروط التحكيمية التي تحتويها .

ـ نفس النتيجة يخلص إليها السيد صبحي محمصاني المحكم الوحيد في قضية " ليامكو " " liamco " ضد ليبيا الذي أعلن في حكمه الصادر في 12 أفريل 1977 مايلي " أنه مقبول في القانون الدولي و في التطبيق بأن شرط التحكيم يبقى صحيحا بعد الفسخ من جهة واحدة من طرف الدولة للعقد الذي يتضمنه و يبقى ساري المفعول حتى بعد هذا الفسخ " . (1)

كما صدرت العديد من القرارات التحكيمية الدولية لتكريس و تتويج هذا الإجماع الدولي لهذه القاعدة المادية أو الموضوعية ، يمكن أن نذكر منها القرار الصادر في " كوبنهاقن " في 14 جانفي 1982 من طرف الأستاذ " Gomar " في قضية E L F ضد NOC يكرس فيه هذا المبدأ (2) و كذلك قرارات محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس القرار رقم 1507 لسنة 1970 (3) و القرار رقم 1526 لسنة 1968 (4) و قرار رقم 2476 لسنة 1976 (5) الذي إعتمد على المادة 13 فقرة 4 لنظام المصالحة و التحكيم لغرفة التجارة الدولية ، و كذلك قرار 2694 الصادر سنة 1977 (6) و الذي بعد أن أشار إلى قرار " جوسي " و " إينتش " أقر بأن قاعدة إستقلالية شرط التحكيم أصبحت قاعدة مادية من قواعد التجارة الدولية .

---

1 ـ وجاء النص باللغة الفرنسية على النحو التالي :
« il est généralement admis en pratique et en droit international qu' une clause d'arbitrage survit à la résilition unilatérale par l' état du contrat où elle figure et qu'elle reste en viguere même posterieurement à cette resiliation »

2 ـ إمانويل جيار المرجع السابق ص 07

3 ـ جريدة القانون الدولي، J D I 1974 ص 913

4 ـ جريدة القانون الدولي، J D I 1974 ص 915

5 ـ جريدة القانون الدولي، J D I 1977 ص 936

6 ـ جريدة القانون الدولي، J D I 1978 ص 985

يتبن لنا من خلال هذا العرض التطبيق الواسع للمحاكم التحكيمية لقاعدة إستقلالية إتفاق التحكيم كقاعدة مادية للتجارة الخارجية مستقلة عن العقد و عن القواعد القانونية المطبقة عليها ، كما نستنتج بأن بطلان أو فسخ العقد لا يمس إتفاق التحكيم (1)

و نستعرض حاليا مدى تكريس المبدأ من قبل القوانين الداخلية.

ب ـ تكريس المبدأ من قبل القانون المقارن .

أغلب التشريعات الحديثة تعترف صراحة بمبدأ الإستقلالية و هو ما تشير إليه المادة 1697 فقرة 1 و 2 من القانون القضائي البلجيكي في صياغته لسنة 1986 التي تقضي بأن " يعتبر إتفاق التحكيم و يشكل إتفاقا مستقلا " (2) و كذلك الشأن بالنسبة للمادة 178 فقرة 3 من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 التي تنص بأن : " لا يمكن الإحتجاج بعدم صحة إتفاق التحكيم بسبب أن العقد الأصلي غير صحيح ." (3)

كما تنص المادة 8 من القانون الإسباني حول التحكيم الصادر في 5 ديسمبر 1988 بأن "بطلان العقد لا يؤدي حتما إلى بطلان إتفاق التحكيم الذي يتضمنه"، كما ينص القانون التونسي للتحكيم الصادر في 26 أفريل 1993 في مادته 61 فقرة 1 على هذا المبدأ إن هذه الحركة الواسعة للإعتراف بالمبدأ ليس في الإتفاقيات الدولية و الأنظمة التحكيمية فحسب بل حتى من قبل القوانين الداخلية تجعل من قاعدة الإستقلالية مبدءا عاما للقانون التجاري الدولي (*) رغم هذا الإعتراف السائد على المستوى

---

1 ـ برثولد جولدمان المرجع السابق ص 12 .

2 -- « - la convention d' arbitrage est considérée et jugée comme constituant une convention autonome »

3 -- « la validité d' une convention d' arbitrage ne peut pas être contestée pour le motif que le contrat principal ne serait pas valable »

* ـ تقول الدكتورة سامية راشد . " تكشف الدراسة المقارنة للنظم السائدة في سائر دول القارة لأوروبية عن أن النتائج التي أسفر عنها التطور في فرنسا ليست ظاهرة منفردة ، و إنما تمثل إتجاها عاما صار سائدا في مختلف الدول ذات الطابع اللاتيني و تلك التي تنتمي إلى أسرة القوانين الجرمانية و كذلك في مجموعة الدول الإشتراكية و اليابان و عددا من دول العالم الثالث تتبع نفس التطور . كما تحتل نظم الدول ذات التقاليد الأنجلو أمريكية مكانة خاصة من حيث موقعها إزاء مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم .

ـ راجع كتاب سامية راشد المرجع السابق ص :

الدولي و الداخلي فإن بعض القوانين خاصة الناطقة بالإنجليزية منها القانون الإنجليزي الذي يتحفظ كثيرا اتجاه المبدأ و لم يتقبله بذات السرعة (1) التي تقبلها به القانون المقارن ، رغم ما يحمله مشروع قانون سنة 1994 من تعديل للتحكيم .

الفرع الرابع : موقف الإتفاقيات الدولية

إن العديد من الإتفاقيات الدولية التي تنظم التحكيم الدولي منها التي نصت على قاعدة الإستقلالية و منها التي لم تنص على هذا المبدأ ، و يمكن لأول وهلة الإستنتاج بأن الإعتراف بالمبدأ ظهر نتيجة لتطور القضاء و الفقه ، و من ثمة ظهر تأكيد المبدأ في الإتفاقيات الدولية .

1 ـ لنبدأ ببروتوكول جنيف لسنة 1923 و إتفاقية جنيف لسنة 1927 رغم أن هذه الإتفاقيات لم تعد مطبقة على العلاقات بين الدول الأطراف في إتفاقية نيويورك لسنة 1958 فإن هاتين الإتفاقيتين لم تتناول أي حكم سواءا كان صريحا أو ضمنيا يتعلق باستقلالية إتفاق التحكيم . (2)

2 ـ كما لا تنص إتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد و تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية على أي حكم يتعلق باستقلالية إتفاق التحكيم ، لكن تنص المادة 5 فقرة 1 بأن الإعتراف و تنفيذ القرار يمكن أن يرفض إذا أثبت الطرف المتمسك بالبطلان مايلي : أن الأطراف في الإتفاقية المذكورة في المادة 2 كانت بموجب القانون المطبق عليها محكوما عليها بعدم الأهلية ، أو أن الإتفاقية المذكورة غير صالحة بموجب القانون الذي أخضعها الأطراف إليه أو إن لم توجد الإشارة إلى هذا الصدد . بموجب قانون **البلد الذي صدر فيه القرار .** "

يستنتج الكاتب الألماني " شلوسر" " Schlosser " يمكن بموجب هذا النص إخضاع إتفاق التحكيم لقانون مختلف عن الذي ينظم العقد الأصلي . إلى أن يصل في إستنتاجه بأن إتفاقية نيويورك قد أقرت مبدأ الإستقلالية ضمنيا . (3) حقيقة نلاحظ أن هذه الإتفاقية أقرب على الأقل من أحدى آثار مبدأ الإستقلالية و هو القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم الذي يمكن أن يكون مستقلا عن القانون الذي ينظم العقد ، بل ذهبت الإتفاقية إلى أبعد من ذلك حيث أنها نصت على قانون البلد في حالة سكوت الأطراف و عدم إشارتهم إلى القانون الذي يخضع له إتفاق التحكيم الموضوع

---

1 ـ إمانويل جيار ، المرجع السابق ص 6 .
« the conception of the separability of the arbitration clause has not yet been fully worked ou by the english courts . » J. Steyn et V.V. weder.

2 ـ برثولد جولدمان ، المرجع السابق ص 07 .

3 ـ نفس المرجع ص 08

3 ـ إتفاقية جنيف لسنة 1961 تشير صراحة في أحكامها على (إختصاص ـ الإختصاص) كما تكرس مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم على العقد الأصلي ، و هو ما أكدته المادة 5 فقرة 3 (1) ، حيث أن أحكام هذه المادة لا تكرس مبدأ الإستقلالية بصفة ضمنية فحسب بتأكيدها على إختصاص الإختصاص صراحة بل يمكن القول أن تكريسها للمبدأ كان صريحا باعتبار أنها منحت للمحكم سلطة الفصل في وجود و صحة إتفاق التحكيم أو العقد الأصلي مما يعني الفصل و إستقلال وجود و صحة كل عقود (2)

المطلب الثاني : تأكيد القانون الجزائري للمبدأ .

لم يأتـ قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 (3) بقاعدة تنص صراحة أو ضمنا على مبدأ الإستقلالية، و هذا يرجع إلى أن الأحكام الخاصة بالتحكيم في هذا القانون كانت تخص التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي و كما نعلم أن مبدأ الإستقلالية عرفه التحكيم الدولي أو عرفتها العلاقات و العقود التجارية الدولية ، كما كرسه القضاء في نزاعات تخص مصالح التجارة الدولية ، بالإضافة إلى التحفظ الذي كان سائدا خلال صدور قانون الإجراءات المدنية الجزائري ، اتجاه التحكيم الدولي بصفة عامة. فما بالك في مبدأ الإستقلالية الذي يؤدي إلى نشوز هذا الإتفاق عن العقد الأصلي وما يربطه به مما يؤدي إلى نتائج خطيرة. كل هذا يفسر سكوت المشرع الجزائري فقانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 و عدم النص عليه إلى جانب أن هذه القاعدة الموضوعية الدولية مازالت في طور الإنجاز و لم تقتنع بها القوانين و التنظيمات كما لم يعرف لها تطبيق دولي واسع من طرف القضاء .

إلى أن جاء قانون الإجراءات المدنية الجديد . (4) بتعديلات مهمة على أحكام القانون القديم الذي لم يعد يساير تطور الفكر القانوني كما أنه لا يساير حتى المعطيات السياسية الإقتصادية الجديدة و للقسم الثاني الذي أحدثه المشرع الجزائري تحت عنوان " تنظيم التحكيم الدولي " نص في المادة 458 مكرر 1 فقرة 4 على ما يلي " لا يمكن الإحتجاج بعدم صحة إتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح " هذه الفقرة ، تؤكد صراحة و بوضوح تكريس القانون الجزائري لمبدأ الإستقلالية

1- « Sous réserve des Contrôles judiciaires Ultérieurs prévus par la loi du for. l'arbitre dont la Compétence est Contestée ne doit pas se dessaisir de l'affaire, il a le pouvoir de Statuer sur sa propre Compétence et sur l'existance ou la validité de la convertion d'arbitrage ou du contrat dont cette convertion fait partie »

2 ـ المرجع السابق ص 8.

3 ـ الأمر رقم 66 ـ 154 المؤرخ في 8 جوان سنة 1966

4 ـ المرسوم التشريعي رقم 93 ـ 09 مؤرخ في 25 أفريل سنة 1993 يعدل و يتمم الأمر رقم 66 ـ 154 المؤرخ في 8 جوان 1966 .

بالإشارة إلى أهم أثر من آثاره مقتضاه لا يمكن أن ندعى ببطلان إتفاق التحكيم أو عدم صحته بحجة أن العقد الأساسي غير صحيح .

إذا المشرع الجزائري ساير الفقه و القضاء الدوليين كما ساير التشريعات الحديثة في الأخذ بمبدأ الإستقلالية ، و تنص من جهة أخرى المادة 458 مكرر 1 فقرة 3 أن إتفاقية التحكيم " تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي إتفقت الأطراف على إختياره ، و إماالقانون المطبق على العقد الأساسي ، و إما القانون الجزائري . " يتبين لنا من النص أن المشرع الجزائري أكد مبدأ الإستقلالية من خلال تقريره لحرية الأطراف في تطبيق قانون مخالف للقانون المطبق على العقد الأساسي ، و هو ما أكدت عليه أغلب الأنظمة التحكيمية الدولية .

يمكن إبداء ملاحظتين في هذا الموضوع فمن جهة المشرع الجزائري و بعد أن أخذ موقفا متطرفا اتجاه التحكيم ، و عن شرعية اللجوء إليه بإبرام إتفاق التحكيم ، جاء بأحكام جديدة صريحة و واضحة في مواجهة التحكيم الدولي و جاء بأفكار و قواعد حديثة و منها مبدأ الإستقلالية .

الملاحظة الثانية و هي أن هذا التوجه الجديد للجزائريتصف بالتطرف في إعتناق الأفكار الليبرالية ، مما سيؤثر سلبا على المصالح الوطنية و بصفة عامة مصالح الطرف الجزائري باعتبار أن المؤسسات و الهيئات و الجمعيات التحكيمية الدولية مازال يسيطر عليها محكمون غربيون و تكريس مبدأ الإستقلالية دون تحفظ أو قيد يؤدي إلى استبعاد القوانين الوطنية و خاصة القواعد الآمرة و اللجوء لتطبيق و اختيار قوانين أجنبية و عادات تجارية تختلف و تتناقض في الكثير من الأحيان مع الأعراف و التقاليد الجزائرية ، كما يمكن أن تتعارض مع مصالح الطرف الجزائري الذي يجهلها في الكثير من الأحيان و هو ما سيتأكد عند دراسة آثار المبدأ .

المبحث الثاني : آثار مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم .

يجب أن نفهم مبدأ الإستقلالية من جانبه القانوني و ليس المادي ، و هذا يعني أنه يجب تقبله بصفة متميزة عن العقد الأساسي لا يعني هذا أن شرط التحكيم لا يمكن أن يتبع مصير إتفاق الموضوع في حالة إنفساخه (1) .

إن مبدأ الإستقلالية له آثار مهمة منها ما هي مباشرة و منها ماهي متعلقة بأسباب أكثر تقنية .

---

1 ـ إمانويل جيار، المرجع السابق ص 8

المطلب الأول : النتائج المباشرة لمبدأ الإستقلالية :

إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي تؤدي إلى نتيجتين منطقيتين النتيجة الأولى تترتب بعدم إرتباطه بمصير العقد الأصلي و النتيجة الثانية و هي إمكانية تطبيق قانون متميز على هذا الإتفاق.

الفرع الأول : آثار مبدأ الإستقلالية بالنسبة لمصير العقد .

من أهم الآثار المباشرة لمبدأ الإستقلالية ، عدم إرتباطه بمصير العقد الأصلي أي عدم بطلان شرط التحكيم عند بطلان العقد الأساسي . يلاحظ أن إستقلالية إتفاق التحكيم تتعلق بالتحكيم الدولي فقط دون الأجنبي الذي يرتبط بعلاقة قانونية داخلية بحتة تهم إقتصاد بلد واحد ، و يجب أن نذكر في هذا الصدد أن الحلول الخاصة بالتحكيم الدولي تفهم بكون أن المنازعات الخاضعة لمثل هذا التحكيم تتعلق بعقود تثير مصالح التجارة الدولية ، لكن ليس الحال كذلك بالنسبة للتحكيم الأجنبي الذي يكون محله داخليا (1)

و إذا كان هذا القانون يستبعد إستقلالية إتفاق التحكيم فلا نرى كيف يستطيع القاضي المتولي بالبث في المنازعة رفض تطبيق هذا الحل . (2)

و يرى الأستاذ " Sanders " " سانيدرس " بأنه يجب التفرقة في مجال التحكيم الدولي بالنسبة للأثر الأول الذي تطرقنا إليه و هو الإستقلالية عن العقد ـ فمبدأ الإستقلالية الذي يطبق في حالة ما إذا كان العقد الأصلي مشوبا بالبطلان فقط على عكس إنعدام هذا العقد (3) . بحيث يرى هذا المؤلف بأنه يجب التفرقة فيما إذا كان العقد الأصلي باطلا أو مشوبا بالبطلان و في حالة ما إذا كان العقد الأصلي منعدم

---

1 ـ نور الدين بن الشيخ، المرجع السابق ص 83

2 ـ نفس المرجع ص 86 .

3 ـ أركان العقد هي الرضا و المحل و السبب و كذلك الشكل في العقود الشكلية فإذا انعدم ركنا منها كان العقد منعدما ، و شروط المحل أن يكون ممكنا و معينا و مشروعا ، و شرط السبب أن يكون مشروعا فإذا إختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ، و إذا صدر الرضا من ناقص الأهلية كان العقد باطلا بطلانا نسبيا

راجع عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني دار النشر للجامعات القاهرة 1952 ص 489

فمبدأ الإستقلالية يطبق في الحالة الأولى دون الثانية ،ويرى الأستاذ " جولدمان " على أن مثل هذه التفرقة لا تجد لها سند و مبررات ، كما أنها لم تجد لها تطبيقا في الإجتهاد القضائي الفرنسي ، و القول باستبعاد مبدأ الإستقلالية بدعوى أن أحد الأطراف إحتج بانعدام العقد الأساسي – مع أن التمييز بين البطلان و الإنعدام صعب كما أن فكرة الإنعدام في حد ذاتها يصعب فهمها ... يؤدي إلى رفض صلاحية المحكم للفصل في النزاع و فتح الباب أمام المناورات مع العلم أن وجود هذا المبدأ و تكريسه جاء لتفاديها .

و منها لا يمكن أن يؤدي إحتجاج بسيط بانعدام العقد إلى إبعاد سلطة المحكم للفصل في النزاع . (1)

الفرع الثاني : إستقلالية إتفاق التحكيم عن القانون المنظم للعقد الأصلي

يقودنا مبدأ الإستقلالية للتسليم بأن هذا الأخير ليس ضروريا من أن ينظم بأحكام من نفس الطبيعة التي تنظم اتفاق الموضوع (2) و هذا يعني أن استقلالية إتفاق التحكيم تمتد لتشمل استقلاليته في تحديد القانون الذي ينظمه ، مخالفا للقانون الذي ينظم موضوع العقد.وينظم في أغلب الأحيان نفس القانون و بصفة عامة نفس القواعد القانونية و بنفس الطبيعة المنظمة لاتفاق التحكيم تطبق على العقد الأساسي بسبب التمركز القانوني – (Localisation Juridique) لكلا العقدين .

كما نلاحظ أنه يوجد تطبيق مهم لمبدأ الإستقلالية (في الإجتهاد القضائي) على القانون الذي يطبق على العقد ، فبتاريخ 25 جانفي 1972 أكد ذلك قرار مجلس الإستئناف لباريس الذي قرر بأن " تنفيذ الشرط التحكيمي لا يجب أن يخضع حتما للقانون الذي ينظم العقد الذي ينص عليه " . (3)

في غياب إجتهاد قضائي جزائري في هذا الموضوع سنشير إلى القضاء الفرنسي بحيث تبين لنا دراسة مجموعة من القرارات المهمة التي استبعدت تطبيق القانون الذي ينظم العقد الأساسي على اتفاق التحكيم، و لكن هذه القرارات لم تستبعد فقط تطبيق قانون العقد على اتفاق التحكيم ، و إنما ذهبت إلى أبعد من ذلك حيث قررت مبدأ استقلالية إتفاق التحكيم عن أي قانون وطني أو داخلي و كذا مبدأ صحة هذا الإتفاق في التحكيم الدولي . (4)

---

1 – جولدمان ، المرجع السابق ص 5 .

2 – جيار المرجع السابق ص 08 .

3 – Voir . ph . Fouchard . Revue d'arbitrage 1973 P 158.

4 – راجع جولدمان ، المرجع السابق ص 5 .

إذا مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم يجعلنا نسلم بأن القانون الذي ينظم إتفاق التحكيم ليس ضروري أن يكون هو الذي ينظم العقد و هو ما تؤكده (المصطلحات المستعملة) في اتفاقية روما المنعقدة في 19 جوان 1980 حول القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية و يمثل الشرط التحكيمي جانبا متميزا بحيث يمكن للمتعاقدان أو للقضاة إخضاعه لقانون مختلف عن ذلك الذي ينظم باقي الإتفاق أي (العقد الأصلي) (1) *

و هو ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية الجزائري في المادة 458 مكرر 1 فقرة 3 " إن اتفاقية التحكيم ... تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره ، و إما القانون المنظم لموضوع النزاع لاسيما القانون المطبق على العقد الأساسي ، و إما القانون الجزائري " . تبين هذه المادة التي تمثل الإتجاه الجديد للقانون الدولي الخاص للتحكيم مدى الحرية التي منحها المشرع للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ، و عدم تقييدهم بالقانون الذي ينظم العقد ، و جعل تطبيق هذا القانون إختياريا للأطراف و ليس إجباريا . و منها نستنتج إقرار القانون الجزائري لمبدأ استقلالية إتفاق التحكيم عن القانون المنظم للعقد الأصلي .

المطلب الثاني : النتائج المتعلقة بمبدأ الإستقلالية

يمكن أن نستخلص نتيجتين هامتين لمبدأ الإستقلالية :

النتيجة الأولى و هي اختصاص الإختصاص و التي أصبحت قاعدة دولية ثم أتناول مبدأ صحة إتفاق التحكيم .

غير أنه يجب تحديد ميدان تطبيق الإستقلالية المذكورة ، فإذا كان بالفعل وجود الإتفاقية التحكيمية نفسها محل نظر فإن المحكمين المختصين بالفصل في المنازعة يقررون ربما عدم وجود عقد يربط بين الطرفين و يجب عليهم إذا التصريح بعدم اختصاصهم حول موضوع المنازعة ، أما إذا اعتقدوا على العكس من ذلك أن مثل هذا العقد موجودا فإنهم يتابعون مهمتهم . ، أن استقلالية شرط التحكيم لا تلعب في الحقيقة دورها إلا في الفرضية الأخرى و هي التي تكون فيها فقط صحة العقد الأساسي

---

1 ـ جيار ، المرجع السابق ص:9

* ـ راجع المادة:3 فقرة 1 و 4 و كذلك تعليق الأستاذ :

P Lagarde. le nouveau droit international privé des contrats aprés l'entrée en vigueur de la convention de Rome de 19 juin 1980 , Revue Critique DIP,1991, P 287

(و ليس عدم وجوده) محل نظر فإذا اعتبر المحكمون بأن العقد الأساسي صحيحا فإن الشرط التحكيمي يكون صحيحا أيضا إلا إذا أنكره أحد الأطراف و في حالة بطلان العقد الأساسي فقط ، يمكن إثارة مسألة إستقلالية اتفاق التحكيم . فإذا كان العيب الذي يشوب العقد الأساسي يمس العقد و اتفاق التحكيم مثل عيب الرضا فيبطل العقد و الشرط و في هذه الحالة لا يستطيع المحكمون الفصل في النقاط الأخرى للمنازعة ، فلا يكون لاستقلالية الشرط في هذه الحالة أي أثر ، و على العكس يستطيع المحكمون ملاحظة أن البطلان خاص بالعقد الأساسي كأن يدفع بخرق القاعدة من قواعد النظام العام، ففي هذه الحالة يتحرك مبدأ الإستقلالية و يقرر المحكمون عدم تأثره بهذا البطلان و يبقى المحكمون مختصين بالفصل في الأوجه الأخرى للمنازعة و خاصة في آثار هذا البطلان و مسؤولية الطرفين .

الفرع الأول : مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم و اختصاص ـ الإختصاص

إن المبدأ الذي يمنح للمحكمين سلطة الفصل في اختصاصهم من المبادئ المهمة في نظام التحكيم ، بدون شك أن مبدأ الإستقلالية يمثل القاعدة الحاسمة التي تمنح للمحكم الفصل في اختصاصه و هو ما يسمى مجازا مبدأ إختصاص الإختصاص . إن المبدأ يذهب في آثاره إلى أبعد من ذلك بحيث يسمح لنا بتبرير سلطة المحكم في التصريح بعدم صحة العقد invalidité دون امتداد عدم الصحة لاتفاق التحكيم و الذي بموجبه يقرر المحكم اختصاصه أو يفصل في مسألة اختصاص الإختصاص . أي أن للمحكم وحده سلطة الفصل في اختصاصه و بعدها يقرر صحة أو عدم صحة العقد و هذه نتيجة لمبدأ الإستقلالية (1) .

إن الدفع بعدم اختصاص المحكمين يمكن أن يؤسس حول عدم وجود أو بطلان اتفاقية التحكيم نفسها، بل يمكنه أيضا أن يعيد النظر في وجود أو صحة العقد الذي يتضمن شرط التحكيم ففي هذه الحالة تتدخل قاعدة إستقلالية شرط التحكيم (2)

ففي الحالة الأولى أي حالة وجود أو عدم وجود و صحة أو بطلان إتفاق التحكيم ـ و فيها لا يتدخل مبدأ

ـ راجع

- B Goldman, Les problémes spécifique de l'arbitrage international Rev . Arb 1980 P 2 -- 332
- GRECH. G, précis de l'arbitrage commercial - traité pratique sur la clause conpromissoire et les chambres arbitrales, paris,Librairie Dallos, 1964 , P:32.
- Ph. Fouchard, les travaux de la CNUDCI le règlement d'arbitrage, Clunet,1979, P 83

1 ـ جيار ، المرجع السابق ص 09 .

2 ـ نور الدين بن الشيخ ، المرجع السابق ص 83 .

الإستقلالية باعتبار أن الإشكالية مطروحة على اتفاق التحكيم وحده دون علاقته بالعقد أما إذا كان الأمر يتعلق بوجود و مدى صحة العقد فهنا نكون بصدد تحريك مبدأ الإستقلالية لحماية إتفاق التحكيم و مبدأ إختصاص الاختصاص .

و يبدو أننا أمام قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي إستقبلت بصفة واسعة من أجل إحتياجات التجارة الدولية من قبل الدول والتزمت بذلك بمعنى أن مبدأ إستقلالية التحكيم له نظامه القانوني بمجرد أن يندمج في عقد دولي . (1)

و ما يؤكد رسوخ مبدأ الاستقلالية و مبدأ إختصاص الاختصاص الذي يعتبر وليد المبدأ الأول هو الإعتراف به في مختلف القوانين الداخلية و تكرسيه في الأنظمة التحكيمية ، و الإتفاقيات الدولية و سوف أتناول أهم هذه القواعد :

ـ لقد أكدّت عليه المادة:13 من نظام محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بما يلي : " ... إن بطلان أو انعدام العقد لا يؤدي إلى عدم إختصاص المحكم و إذا حكم بصحة شرط التحكيم يبقى مختصا حتى عند انعدام أو بطلان العقد لتحديد الحقوق المترتبة للطرفين و البث حول طلباتهم ... "

و أما المادتان 5 و 6 من إتفاقية جنيف فلا تقتصران على الإعتراف بحق المحكم بالنظر في النزاع بل تتضمنان أيضا في حالة إحتجاج أحد الطرفين على هذا الإختصاص و ضرورة أن يكون هذا الإحتجاج في بداية المنازعة ، أما فيما يخص إتفاقية التحكيم لواشنطن لسنة 1965 فإنها تخصص أيضا هذا المبدأ الذي يقضي بأن تكون المحاكم التحكيمية قاضيا حول اختصاصها في المادة 44 (2) منها و هوماأكده القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في المادة:16 ،

و تنص المادة 21 فقرة 1 من نظام التحكيم الخاص بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري على اختصاص المحكمة التحكيمية في ما يتعلق باختصاصها . (3)

إذا يبقى تقرير مدى صحة و وجود شرط التحكيم و من ثمة تقرير مدى اختصاص المحكمين مهمة المحكمة التحكيمية التي تحدد اختصاصها .

- JM JACQUET, principe d'autonomie et contrats internationaux Paris 1983 P 44 --1

(باقتباس)

2 ـ نور الدين بن الشيخ ، المرجع السابق ص 89

3 ـ برثولد جولدمان ، المرجع السابق ص 8 و 9

بالنسبة لموقف القانون الجزائري من مبدأ اختصاص الاختصاص فلم نجد في قانون الإجراءات المدنية في أحكامه القديمة مادة تنص على اختصاص الإختصاص نظرا لاقتصار هذه القواعد على التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي و كما نعرف أن مبدأ الإستقلالية ظهر كمبدأ لحكم العلاقات التجارية الدولية أي أنه يثور بصدد نزاع يثير مصالح التجارة الدولية و الذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج ، و هو ما أكدته المادة 458 من تعديل قانون الإجراءات المدنية ، كما أن مبدأ إختصاص الإختصاص منبثق من مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم و على هذا فإنه يثور عندما تكون بصدد نزاع يمس علاقة تجارية دولية ، و هو ما أكدته الأحكام الجديدة لقانون الإجراءات المدنية (1) خاصة في المادة 458 مكرر 7 حيث تنص " تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها ، و يجب إثارة الدفع بعدم الإختصاص قبل أي دفاع يتعلق بالموضوع " .

"تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بقرار أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الإختصاص مرتبطا بموضوع النزاع ".

إذا جاء القانون الجزائري بنص صريح يقرر اختصاص محكمة التحكيم أو المحكمين للفصل في اختصاصهم بعد أن أقر القانون الجزائري في المادة 458 فقرة 4 مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأساس و عدم الإحتجاج بعدم صحة إتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح و هو في الحقيقة إعترافا ضمنيا باختصاص المحكم في الفصل في اختصاصه رغم احتمال بطلان العقد الأساسي . كما أشار القانون الجزائري على أولوية إثارة الدفع بعدم الإختصاص قبل أي دفاع يتعلق بالموضوع ، و كما نص على الشكل الذي يتخذه الفصل في محكمة الإختصاص . ذلك بقرار أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الإختصاص مرتبطا بالموضوع .

النص الجديد للقانون الجزائري يدخل ضمن ، النظرة الليبرالية للتحكيم ، وضع من قبل المشرع الوطني ، و يهدف إلى إعطاء أقصى حد من الفعالية لهذه الطريقة لحل النزاعات ، و ذلك بمنح المحكم الحرية الكاملة في تقرير مدى شرعية صلاحية و مضمون إتفاق التحكيم ، و الحل الذي تبنته هذه

---

1 ـ مرسوم تشريعي رقم 93 ـ 09 مؤرخ في 25 أفريل سنة 1993 يعدل و يتمم الأمر رقم 66 ـ 154 المؤرخ في 8جوان 1966

النصوص تدخل ضمن الحركة العامة للفقه ، و الإجتهاد القضائي و التحكيمي و عددا من التشريعات الوطنية و الدولية . (1)

الفرع الثاني : مبدأ الإستقلالية و مبدأ الصحة .

بما أن مبدأ الإستقلالية جاء ليعزل إتفاق التحكيم عما يمكن أن يصيب العقد الأصلي فلقد أخذ اتجاها جديدا - سمح للإجتهاد القضائي الفرنسي بوضع مبدأ صحة إتفاق التحكيم الدولي و إفلات هذا الاتفاق عن طريقة التنازع التقليدية . (2)

و لقد تقرر لأول مرة هذا المبدأ في قضية (Hecht) إيتش،حيث فصلت المحكمة التحكيمية في صحة شرط التحكيم المنصوص عليه في عقد دولي إحتج أحد الأطراف بأن العقد يحكمه القانون الفرنسي و بالتالي فإن شرط التحكيم غير صحيح ولا يجب تطبيقه لأن العقد مبرم بين تاجر و غير تاجر (3) مجلس إستئناف باريس رفض الإحتجاج بسبب أن الأطراف رغم وجود هذه الأحكام التشريعية استبعدت تطبيق القانون الفرنسي و وضعت شرط تحكيمي حيث ينص القرار الصادر في 19 جوان 1970 على ما يلي : " رغم وجود هذا المرجع التشريعي ، إستطاعت الأطراف من إقصاء تطبيق القانون الفرنسي و وضع شرط تحكيمي خارج الفرضيات التي يسمع بها هذا الأخير."(4)

إن محكمة استئناف باريس إستوحت بدون شك هذا الحل على أساس مبدأ الإستقلالية ، و ذكرت تقريبا نفس العبارات التي جاءت به محكمة النقض في قضية جوسي . Gosset لكن ذهبت المحكمة إلى أبعد من النتائج الطبيعية و المباشرة لهذا المبدأ (أي عدم ارتباط اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي ، و كذا إمكانية تطبيق قانون مستقل و مختلف على القانون الذي ينظم العقد الأصلي .) حيث أن القرار لا يسند إتفاق التحكيم لأي قانون وطني . كما يعترف بصحة إتفاق التحكيم بناء على حرية الإرادة المشتركة للطرفين (5) إستخلصت بصفة عامة المحاكم الفرنسية منذ قضية إيتش التي عرضت على محكمة النقض الفرنسية سنة 1972 لأول مرة من مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم مبدأ صحة هذا الإتفاق

---

1 - Bedjaoui M, et A. Mebrokine, le nouveau droit de l'arbitrage international en Algerie JDI, 1994, P 875 .

2 - جيار إيمانويل، المرجع السابق ص 10 .

3 - أنظر المبحث الأول ص : 9

4 -- B , OPETIT, Clunet, 1972 , P 843

5 - جولدمان برثولد، المرجع السابق ص 5 .

دون اللجوء إلى طريقة التنازع التقليدية . (1) و بقرار صادر في 4 جويلية 1972 من الغرفة المدنية لمجلس الإستئناف رفض الطعن الموجه ضد القرار حيث أقرت :

" بعد التذكير بالطبيعة الدولية للعقد الذي يربط الطرفين و التذكير بأنه في موضوع التحكيم الدولي الإتفاق التحكيمي يمثل إستقلالية تامة ، فإن القرار محل الطعن إستخلص بأن الشرط المتنازع حوله يجب أن يطبق . " (2) .

و هو ما أكده مجلس باريس بقرار صادر في 25 جانفي 1972 و الذي لم يكتف بإقرار أن إتفاق التحكيم لا يخضع وجوبا للقانون الذي يحكم العقد الأصلي فحسب ، و إنما ذهب إلى أبعد من ذلك بقبوله صحة إتفاق التحكيم بناءا على إرادة الأطراف و بناءا على النظام التأسيسي للتحكيم الذي تم إختياره دون الرجوع إلى أي قانون وطني و تم تكريس هذا المبدأ من طرف نفس الجهة القضائية في قضية Menucucci بتاريخ 13 ديسمبر 1975 (3) ، و هو ما أخذت به محكمة إستئناف تولوز بتاريخ 26 أكتوبر 1982حيث أكدت إستقلالية إتفاق التحكيم ليس على العقد فحسب بل على أي قانون وطني (4).

و جاء التأكيد على مبدأ صحة إتفاق التحكيم في الإتفاقيات الدولية و منها أول إتفاقية متعددة الأطراف في هذا الموضوع ، بروتوكول جنيف و الذي جاء ليجعل شرط التحكيم في التجارة الدولية ممكنا خاصة و أن صلاحية هذا الشرط كانت تتحفظ عليه العديد من الدول في ذلك الوقت (5) . و لقد نصت عليه في المادة الأولى منه * كما أقرت إتفاقية نيويورك مبدأ صحة شرط التحكيم و التي جاءت كبديل

---

1 ــ إمانويل جيار ، المرجع السابق ، نفس الموضع .

2 ــ نفس المرجع ، في نفس الموضع .

3 ــ راجع المبحث الأول في هذا الموضع : ص : 78

* ــ و النص باللغة الفرنسية هو كالآتي :

-- « Chacun des Etats contractants reconait la validité entre parties soumises respectivement à la juridiction d'états contractants différents du compromis ainsi que la clause compromissoire ... »

4 ــ إمانويل جيار ، نفس المرجع ص 10 .

أنظر كذلك : CA Toulouse 26 Oct 1982 JDI 1984 P 603

5- - Ph. Fouchard . L'arbitrage commercial international, Librairie Dalloz, Paris, 1965, P 58

لبروتوكول جنيف لسنة 1923 المادة 2 من إتفاقية نيويورك (1) لـ 10 جوان 1958 و التي تؤكد على إلتزام الدول المتعاقدة بالإعتراف بصحة إتفاق التحكيم . إن هذه الإتفاقيات الدولية جاءت لتؤكد على مبدأ صحة إتفاق التحكيم ، بغض النظر عن موقف القوانين الداخلية لهذه الدول و يمكن القول بأنها جاءت كضمان للأطراف التي تنص على شرط التحكيم في العقد لحمايتهم من الدفوعات التي يمكن أن يثيرها أحد الأطراف لإبطال إتفاق التحكيم ، و التملص من هذا النظام في حل النزاعات المطروحة بحجة معارضتها مع القوانين الداخلية فمبدأ صحة إتفاق التحكيم ، يعطي السلطة المطلقة لإرادة الأطراف و إستقلالية تامة و مطلقة لإتفاق التحكيم .

الفصل الثاني : تحديد القانون الواجب التطبيق و صحة إتفاق التحكيم .

إن الآثار المترتبة على مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم لا تنحصر في إستقلاليتهعن العقد الأساسي فحسب و إنما إستقلاليته عن أي قانون وطني يمكن أن ينظم إتفاق التحكيم و دون الرجوع إلى أي قاعدة تنازع و هي النتيجة التي إنتهينا إليها بعد دراسة الأحكام القضائية الثلاثة التي أقرت مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم ، و هذه القرارات ذهبت إلى أبعد من إستقلالية إتفاق التحكيم على العقد الأساسي بل أقرت إستقلاليته عن أي قانون وطني إلى أن وصلت إلى إقرار مبدأ صحة هذا الإتفاق (2) و هي نتيجة نراها منطقية بعد إطلاق سراح هذا الإتفاق و عدم تقييده لا بالعقد الأساسي و لا بالقوانين الوطنية ، و أصبحت الإرادة حرة في تقرير مصيره . إذا سأتناول بالدراسة تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم في المبحث الأول أما المبحث الثاني فيكون عن صحة إتفاق التحكيم في القانون الجزائري و الآثار المترتبة على ذلك .

المبحث الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم

إن استقلالية إتفاق التحكيم لا يقتصر على العقد أو الإتفاق الأساسي فحسب ، بل يتعداه لإستقلاليته عن مختلف القوانين الوطنية و لأهمية هذا الموضوع آثرت أن أدرجه في فصل ثاني لأنه من جهة يعتبر موضوع مهم و شائك و من جهة أخرى هو الذي يقرر مدى وجود و صحة إتفاق التحكيم و الآثار المترتبة عنه .

---

1 ـ صادقت الجزائر على إتفاقية نيويورك على خلاف بروتوكول و إتفاقية جنيف التي لم تصادق عليه .

2 -- -- Berthold Goldman. Arbitrage Commercial international (J-CL Dr. int. 1985 Fasc- 586 - 1)

إن دراسة الإجتهاد القضائي (1) و تحليله يظهر بأن التأكيد على إستقلالية إتفاق التحكيم عن القوانين الوطنية . يضع أسلوبا لتحديد القواعد الواجبة التطبيق على هذا الإتفاق (2) .
و توجد ثلاثة طرق لتحديد هذا القانون بحيث توجد الطريقة التقليدية أي أسلوب التنازع و طريقة القواعد المادية والتي بفضلها الإجتهاد القضائي الفرنسي كما يوجد الحل الوسط و هو طريقة التوفيق بين قواعد التنازع و القواعد المادية .

المطلب الأول : طريقة أو أسلوب التنازع .

تعتبر طريقة أو أسلوب التنازع هي أقدم طريقة و أكثرها شيوعا في القانون المقارن في تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم مثلا نصت عليها المادة 1074 من قانون الإجراءات المدنية الهولندي لسنة 1986 و كذلك المادة 61 من القانون الإسباني للتحكيم لسنة 1988 الذي يشترط أن يكون القانون المختار من قبل الأطراف له علاقة بالنزاع ، و لقد إتخذت أهم الأنظمة الدولية الخاصة بالتحكيم نفس الموقف منها إتفاقية نيويورك لسنة 1958 و التي تنص في المادة 5 فقرة 1 منها على ما يلي : " أن الأطراف في الإتفاقية المذكورة في المادة 2 كانت بموجب القانون المطبق عليها محكوما عليها بعدم الأهلية أو أن الإتفاقية المذكورة غير صالحة بموجب القانون الذي أخضعها الأطراف إليه أو أن لم توجد الإشارة إلى هذا الصدد بموجب قانون البلد الذي صدر فيه القرار .
كما إتخذت إتفاقية جنيف لسنة 1961 نفس الموقف و بنفس العبارة تقريبا في المادة 9 فقرة 1 أما في فرنسا فحتى صدور قرار " Dalico " دالكو " من طرف محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ديسمبر 1993 معظم الكتاب يعترفون بدور طريقة التنازع لكن منذ ذلك التاريخ بدأ التراجع عن هذه الطريقة و المطالبة بإعادة النظر فيها . (3)
أما بالنسبة لإتفاقية واشنطن لسنة 1965 في المادة 25 فقرة 1 فتحدد إختصاص المركز الدولي لتسوية النزاعات فقط دون وجود أي حكم يحدد على الخصوص القانون الواجب التطبيق على وجود و صحة أو تفسير و مدى إتفاق التحكيم في حالة ما إذا كانت إحدى هذه المسائل تشكل موضوع النزاع (4)

---

1 ـ راجع موقف القضاء الفرنسي . ص : 80 و ما يليها .
2 ـ إمانويل جيار ، (J-CL Dr. int Fasc 586-1. 1994)
3 ـ نفس المرجع ، ص 12 .
4 ـ برثولد جولدمان ، المرجع السابق ص 18

أما بالنسبة للمصادر و الأنظمة التحكيمية الأخرى فإن القانون النموذجي (CNUDCI) لمؤتمر الأمم المتحدة لتطوير الصناعة و التجارة جاء بالقواعد التي تطبق على موضوع النزاع في المادة 28 والصياغة الدقيقة لهذه المادة خاصة في بدايتها * لا تترك لنا مجالا للتوسع فيها لتشمل القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم .

كما تنص المادة 21 فقرة 1 لنظام التحكيم لـ (CNUDCI) لمؤتمر الأمم المتحدة لتطوير التجارة و الصناعة على إختصاص المحكمة في النظر في إختصاصها و كل ما يتعلق بوجود و صحة إتفاق التحكيم أما المادة 35 منه فهي تنص على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، و نفس الملاحظة السابقة الذكر للمادة 28 للقانون النموذجي للمؤتمر و هي أنهما تخصان فقط القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع دون إمتدادها لإتفاق التحكيم . نفس الموقف يتخذه نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية الذي ينص في مادته 8 فقرة 3 على إختصاص المحكمة التحكيمية لتولي أي قرار يخص إختصاصها و كذلك في حالة ما إذا أثار أحد الأطراف مدى وجود و صحة إتفاق التحكيم .

و نفس الملاحظة فيما يخص القانون الواجب التطبيق في المادة 13 فقرة 3 التي قدمت للمواد 28 للقانون النموذجي و 35 لنظام التحكيم لمؤتمر الأمم المتحدة لتطوير التجارة و الصناعة . (1)

ـ إن تطبيق طريقة التنازع التقليدية على إتفاق التحكيم تثير عدة صعوبات في إختيار أصناف الإسناد من جهة و عناصر الإسناد من جهة أخرى و سوف أتعرض لهاتين المسألتين .

1 ـ الفرع الأول : أصناف الإسناد .

إن تعيين أصناف الإسناد لإتفاق التحكيم يثير عدة مسائل كما هو الشأن عادة في القانون الدولي الخاص، كما أن تكييف المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم ضرورية لتحديد القانون أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق لحلها بحيث تطرح صعوبات خاصة،هل يتعلق الأمر بالإجراءات أم أنه يتعلق بالعقد الذي أنشأ التحكيم ؟

بالنسبة للتكييف الأول القانون الذي يحكم الإجراءات يجب أن ينظم كذلك إتفاق التحكيم أما بالنسبة للثاني يجب تحديد القانون الواجب التطبيق وفق المبادئ و القواعد التي تحدد الإسناد بالنسبة لموضوع

---

* ـ وصياغة المادة جاء كالآتي :

« Le tribunal arbitral tranche le différent conformément aux règles de droit choisies par les parties Comme étant applicable au fond du différent »

1 ـ نفس المرجع ص 18 .

ب ـ إتفاق التحكيم و اتفاق الموضوع :

العقد في كل عقد دولي (1) . و بعبارة أخرى إن إتفاق التحكيم يتنازعه وجهان من الإسناد الأول يكيفه كإجراء و الثاني يكيفه كإتفاق في الموضوع ، و سأتناول وجها التكييف.

أ - إتفاق التحكيم كإجراء :

تتجسد الصعوبة التي تلاقينا عندما نحاول فيما يسمى بتنازع القوانين معرفة القانون واجب التطبيق على إتفاق التحكيم يشكل تكييفا مستقلا أم أنه يرتبط بتكييف الإجراءات ، في الحالة الأولى نتجه إلى تكييف ذو طبيعة عقدية وفي الحالة الثانية نطبق على اتفاق التحكيم القانون الذي يحكم الإجراءات ، و هو ما جاء في تقرير قدمه المحكم "سوزار هال " " Sauser - hall " سنة 1957 و سنة 1959 بأن معهد القانون الدولي وضع لائحة تنص على أن صحة شرط التحكيم يجب أن تنظم وجوبا من طرف قانون مقر المحكمة التحكيمية ، يشير الأستاذ " فوشارد " بأن هذا الموقف معاكسا تماما لموقف القانون الوضعي للمرحلة و خاصة لإتفاقية نيويورك (2).

إن القول بتكييف إتفاق التحكيم بأنه إجراء يجعلنا نطبق كنتيجة لذلك المبدأ القائل بأن إجراءات التحكيم ينظمها بالضرورة قانون الدولة التي يجرى فيها التحكيم (3)

و يقول الأستاذ " جيارد " أن التأكيد بأن إجراءات التحكيم يجب أن تخضع لمقر التحكيم غير صحيح ، لأن الأطراف تستطيع إسناد إجراءات التحكيم للقانون أو القواعد التي تراها ملائمة بالإضافة إلى أن تكييف إتفاق التحكيم كإجراء يعتبر على مستوى التطبيق صعبا ، لأن الأطراف كما هو الشأن بالنسبة للمحكمين يمكن لهم أن يفضلو عدم تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات مسبقا لإحتفاظ للمحكمة التحكيمية إمكانية تأسيسها حالة بعد حالة ، هذا يعني أن تكييف إتفاق التحكيم علىَ أنه إجراء يضيف الصعوبات أكثر . (4)

تراجع المفهوم الإجرائي لإتفاق التحكيم في القانون المقارن و هذا ناتج عن اتجاه الفقه الإنجليزي إلى التكييف العقدي " La qualification contractuelle " لإتفاق التحكيم .

---

1 ـ إمانويل جيارد ، المرجع السابق ، ص 12

2 -- Ph Fouchard, l'arbitrage commercial international, librairie, Dalloz, Paris, 1965, P 69 -

3 ـ إن هذا الإتجاه عرف تكريس من طرف الإجتهاد القضائي. قرار CCI الصادر في 1988 في القضية رقم 5822 (JDI 1988 صفحة 1198 . obs G. Aguilar - Alvarez .)

4 ـ أنظر إمانويل جيارد، المرجع السابق ص 12

ب ـ إتفاق التحكيم و اتفاق الموضوع :

إذا رأينا لاتفاق التحكيم من وجهة نظر تنازع القوانين التقليديــة فإنـه يتبـادر إلـى أذهاننـا مبـدأ إستقلالية إتفاق التحكيم بالنسبة لاتفاق الموضوع ، و يفهم أن قاعدة التنازع التي تطبق على اتفاق الموضوع ليس حتما هي التي سوف تطبق على اتفاق التحكيم .

يوجد خلط في الكثير من الأحيان بين القانون الواجب التطبيق على اتفـاق التحيكم ، و القـانون الواجب التطبيق على اتفاق الموضوع هذا في بعض قرارات القضـاء الفرنسي ، الذي يستمر فـي الرجـوع إلـى قواعد التنازع (1) للفصل في صحة اتفاق التحكيم أو في بعض عناصره ، و يقول الأستاذ جيارد أننا نصادف مثل هذا الخلـط عندمـا يأخـذ اتفـاق التحكيـم شـكل شـرط التحكيـم و يمكـن فهمـه عندمـا يقـوم الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق الموضوع .

عندما يتضمن اتفاق الموضوع تحديد قانون معين للتطبيق فهنا يطـرح تساؤل هـل هـذا الإختيـار الـذي يستعمل في أغلب الأحيان يتعلق فقط باتفاق الموضوع أم أنه يطبق كذلك على شـرط التحكيـم الموجـود في نفس العقد ؟ يقول الأستاذ " جيارد " أن " الواقعية تفرض علينا الإعتراف بأنه في أغلب الأحيـان أو الحالات لا يقصد الأطراف باختيارهم قانون معين ليطبق على اتفاق الموضوع عدم تطبيقه علــى اتفـاق التحكيم ، و لهذا يجب النظـر لمثل هـذا الشـرط كاختيـار مباشـر للقـانون الواجـب التطبيـق علـى اتفـاق التحكيم . " (2) .

بالعكس فعندما يمتنع الأطراف عن اختيار أي قانون ليحكم العقد فنخلص عادة في هـذه الحالـة إلـى أنـه يجب توطين اتفاق التحكيم بالبحث عن النظام القانوني الأكثر إرتباطا و يمكن أن يثار مشكل الخلط فيما ينبغي توطين اتفاق التحكيم أو توطين العقد الأصلـي . إن توطيـن اتفـاق التحكيـم ، يجرنـا إلـى تفضيـل عناصر التكييف الخاصة به (اللغة ، نظام التحكيم المختار ، مقر التحكيم) في حيـن أن تكييـف إتفـاق الموضوع يكون بمساعدة عناصر مختلفة تماما ، في بعض الحالات مقننة من قبل اتفاقيات دوليــة قابلـة للتطبيـق ، نشير خاصـة لاتفاقيـة رومـا لـ 19 جوان 1990 ، و إتفاقيـة لاهـاي لـ 15 جـوان 1955 الخاصة بالقانون واجب التطبيق على بيع الأشياء المنقولة .

---

1 ـ مثلا قرار مجلس الإستئناف لباريس الصادر في 26 فيفري 1988 و كذلك قرار محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية الصادر في 10 جويلية 1990 .

(أنظر جيار إمانويل نفس المرجع ص 13 .)

2 ـ إمانويل جيارد نفس المرجع ص 13 .

و هذا الخلط بين الفكرتين معروف في بعض الحالات في الإجتهاد القضائي (1) بدون تجاهل مبدأ الإستقلالية يمكن في بعض الحالات أن نجعل من القانون واجب التطبيق على اتفاق الموضوع مؤشر لتوطين إتفاق التحكيم ، و لقد تكرس هذا الطرح من قبل الإجتهاد القضائي و كذلك الإجتهاد التحكيمي. (2) إن عنصر التوطين هذا في أغلب الأحيان يقابل بعنصر مقر التحكيم ، فإذا قامت الأطراف بتعيين قانون دولة معينة لتخضع إتفاق الموضوع عليه فإنه من الممكن توطين إتفاق التحكيم في هذه الدولة ، سواء بتطبيق الإرادة المفترضة للأطراف أو بالإثبات الموضوعي بسبب تشابك المؤشرات المستوحات من قانون الموضوع و قانون مقر التحكيم ، فبالعكس عندما يختلف هذان المؤشران خاصة عندما يعين مقر التحكيم في مكان محايد بالنسبة للأطراف ، يصعب قبول هذا الحل بسهولة لأن الذي تم اختياره ليحكم الموضوع يكون عادة لأسباب أجنبية عن تلك التي تحدد القانون واجب التطبيق على إتفاق التحكيم دون الرجوع لمقر التحكيم ، هذا لا يعني أن المؤشر المستوحى من مقر التحكيم هو وحده الأكثر إقناعا لكن في مثل هذا الطرح يجب موازنته بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يعني أن تحديد القانون واجب التطبيق على إتفاق التحكيم وفقا لطريقة التنازع ، لا يمكن تعيينه بقرينة بسيطة لصالح القانون الواجب التطبيق على الموضوع و هو ما يراه الأستاذ " جيارد " (3) بل يجب تأكيدها بقرينة أخرى مثل مقر التحكيم .

الفرع الثاني : عناصر الإسناد :

إن تطبيق طريقة التنازع لتحديد القانون الواجب التطبيق لا تعطي لنا حلا جاهزا و أكيدا بل لا نجد عنصر إسناد قابل لتعيين القانون بصورة مسلم بها .

---

1 - V. par exemple CA paris 26 Fév 1988 et cass 1er Civ 10 Juil - 1990 - la critique de ces décision J-cl Dr.int Fasc 586-4.

2 ـ بالنسبة للإجتهاد التحكيمي :
la sentence CCI rendu en 1977 dans l'affaire 2626.- JDI 1978 P 980 . y Derains. la sentence CCI rendu en 1991 dans l'affaire 6840 dans l'aquelles l'arbitre unique siégeant a paris a éstimé qu'il était résonable et naturel. à défaud (d'indication des parties sur la loi applicable à la convention d'arbitrage comme sur la convention de fond) de soummèttre la clause d'arbitrage à la même loi applicable au contrat principale.

أنظر فيما يخص الإجتهاد القضائي الألماني .
Oberlandes gericht de Haumbourg 22 septembre 1977 sous l'égide du netherlands Oils fats and Oilssed trade Association. yearbook Commercial Arbitration 1979 P 218.

3 ـ إمانويل جيارد المرجع السابق ص 14 .

الطرح الوحيد الذي لا يثير أي مشكل هو تعيين القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم من قبل الأطراف الذي يجب إحترامه . و بالمقابل لم يتفق الفقه و الإجتهاد التحكيمي عند محاولة الإسناد لتعيين القانون واجب التطبيق في غياب الإختيار الصريح للأطراف ، و ذلك بتوطين إتفاق التحكيم (Localiser La convention d'arbitrage) . كل المسألة تتعلق في الواقع في معرفة ماهي قيم التوطين (Valeur Localisatrice) التي من المفروض ربطها بكل مؤشر يمكن أخذه بعين الإعتبار (1) ؟ .

أ ـ القيمة التوطينية لمؤشر مكان إبرام إتفاق التحكيم :

إذا كانت الشروط الشكلية تخضع كما جرت العادة إلى قانون محل إبرام العقد . فإن الشروط الموضوعية لصحة إتفاق التحكيم لا يمكن إخضاعها ببساطة لقانون مكان إبرام العقد ، لأن هذا المكان ليس فقط صعبا تحديده في بعض الحالات (2) لكن هو في الغالب عرضي و بالتالي لا يشكل سوى قيمة توطينية ضعيفة . Valeur Localisatrice extrêment Faible (3) كما يقول الأستاذ جيارد *

إذا مكان إبرام إتفاق التحكيم صعبا خاصة إذا تم عن طريق تبادل الرسائل أو كان يشترك فيه أكثر من مكان إلى جانب أن مكان إبرام إتفاق التحكيم أو حتى العقد ليس له أهمية كبيرة و ماهو إلا عرضي و لا يقصد الأطراف من وراءه إسناده ليطبق على موضوع إتفاق التحكيم مع إمكانية تطبيقه على الشروط الشكلية للإتفاق .

ب ـ القيمة التوطينية للمؤشرات الخاصة ببعض إتفاقيات التحكيم :

يمكن أن تلعب بعض العناصر الخصوصية لاحدى إتفاقيات التحكيم دورا هاما . مثلا في حالة ما إذا قام الأطراف بوضع شرط تحكيمي مستخلص من عقد نموذجي (Contrat - type) موضوع من قبل مجموعة مهنية . (Groupement professionel) لدولة معينة بحيث أن هذه الشروط مرتبطة إرتباطا وثيقا بالنظام القانوني لهذه الدولة . مثلا عقود النقل البحري الموضوعة لنموذج (Chartes - parties anglaise) (4)

---

1 ـ نفس المرجع نفس الصفحة .

2 ـ كمثال لهذه الصعوبات فيما يخص شكل إتفاق التحكيم . أنظر قرار مجلس إستئناف باريس الصادر بـ : 20 جانفي 1987 JDI 1987 تعليق Loquin صفحة 934 .

3 ـ إمانويل جيارد، المرجع السابق ص 14

* ـ أنظر قرار CCI الصادر سنة 1988 في القضية رقم 5730 JDI 1990 صفحة 1029 تعليق ديغان. Derain

4 ـ إمانويل جيارد ص 14 .

فبالعكس فإن اختيار مؤسسة تحكيمية ذات نطاق دولي حقيقة مثلا المحكمة الدولية للتحكيم (La Cour international d'arbitrage) لغرفة التجارة الدولية ، لا يمكن ترجمتها في نفس السياق و لا يمكن بالتالي أن تشكل عناصرها خصوصية لتوطينها .

إن التوطين الجغرافي للمؤسسة هو نتيجة لضرورة وجودها على إقليم معين ، و لا يشكل علاقة قوية و كافية مع الدولة التي أنشأت فيها هذه المؤسسة حتى ترتب النتائج الضرورية لتطبيق قانون الدولة إلا إذا كانت المؤسسة التي إستنبطت من نظامها أحكام العقد أنشئت و تعمل في إطار وطني مثل . the London Bar arbitration أو بعض المؤسسات الوطنية الشبه عمومية في أووبا الشرقية أو في الشرق الأوسط ، في مثل هذه الحالة من الممكن إحتمال أن الأطراف تريد إخضاع إتفاق التحكيم لقانون دولة مقر المؤسسة ، و يختلف الأمر بسبب الطابع الدولي للمؤسسة مثلا London Court of intenational arbitration في بريطانيا و في الولايات المتحدة الأمريكية L'américain Arbitration Association أي الجمعية الأمريكية للتحكيم فمثل هذه المؤسسات التحكيمية ذات طابع دولي و لا يربطها بالدولة التي تتواجد فيها إلا مقر إقامتها ، فلا توجد علاقة قانونية تربط بين قانون هذه الدولة و المؤسسة التحكيمية و لا يمكن إستنباط مؤشر التوطين من مقر هذه المؤسسات لأنها تتصف بالدولية .

جـ ـ القيمة التوطينية لمقر التحكيم :

يعتبر مقر التحكيم مؤشرا مهما عند التفكير في القانون واجب التطبيق في غياب التعبير عن إرادة الأطراف و يعتبر المؤشر الأكثر دلالة على إرادة الأطراف و يمكن تفسير ذلك بأن هذا المؤشر يعتمد على خاصية مكان التنفيذ لاتفاق التحكيم ، و لم يسلم هذا المؤشر من النقد خاصة في حالة عدم إختيار الأطراف لمكان التحكيم (1) .

يعتبر الإجتهاد القضائي القديم أن تعيين المقر هو دليل للإرادة الضمنية للأطراف في إخضاع إتفاق التحكيم لقانون هذا المكان (2) .

لقد أخذت أهم الإتفاقيات الدولية بمعيار المقر كعنصر أساسي للتكييف في تحديد القانون الواجب التطبيق في اتفاق التحكيم في الوقت الذي لم تنص إتفاقية جنيف لسنة 1923 على أي أحكام تخص القانون واجب التطبيق على إتفاق التحكيم كما أن إتفاقية جنيف لسنة 1927 فرضت على أن يكون

---

1 ـ إمانويل جيارد المرجع السابق ص 14 .

2 -- Voir par exemple C A . Monaco 17 juin 1957 Caz . Pal 1957 P 294

القرار التحكيمي الصادر بموجب إتفاق التحكيم صحيحا وفق القانون الذي طبق عليه المادة 1 فقرة أ (1). * دون تحديد كيفية تعيين هذا القانون .

إن إسناد النزاع لقانون مقر التحكيم لا يعني إخضاع المسائل المتعلقة بشروط الصحة لهذا القانون ، لكن هذا الأخير يحدد ما هو القانون الواجب التطبيق،هذا في حالة ما إذا لم يضع قواعد مادية تطبق مباشرة (2) .

تسمح إتفاقية نيويورك لسنة 1958 برفض إعتماد و تنفيذ القرارات التحكيمية إذا كان إتفاق التحكيم الذي بموجبه صدر القرار التحكيمي غير صحيح ، و هو ما نصت عليه المادة 5 فقرة 1 . إذا لم يحدد الأطراف قانون معين ليطبق على هذا الإتفاق يكون القانون المختص هو قانون الدولة التي صدر فيها القرار التحكيمي أي قانون المقر ، لقد وقع إختلاف بين الفقهاء في مسألة معرفة ما إذا كان المقصود من مصطلح" بيان " تعيينا صر يحا كما يرى الأستاذ " فوشار" أم أن المقصود منه بصفة عامة كل عنصر من عناصر العقد الذي من شأنه أن يعكس الإرادة المشتركة لهما كما يرى الأستاذ Bredin . (3)

إن إتفاقية جنيف لسنة 1961 تنص أن محاكم الدولة يمكن أن تفصل في مدى وجود و صحة إتفاق التحكيم وفقا للقانون المختار من قبل الأطراف و في غيابه قانون المكان الذي صدر فيه القرار التحكيمي . إستمدت هذه الأحكام من معيار المقر * كإسناد إحتياطي بعد إختصاص قانون الإرادة أساسا و نفس المعيار الذي أخذت به إتفاقية نيويورك يلاحظ الأستاذ إمانويل جيار أن الإسناد لقانون مقر التحكيم كإحتياط يتنافى تماما مع الفلسفة المختلفة لمعهد القانون الدولي في لوائحه لسنة 1957 و 1959 التي تفرض الإسناد لمقر إجراء التحكيم كما أن الأخذ بهذا الإسناد لقيمته التوطينية و ليس بما يترجمه تكييفه كإجراء . و القيمة التوطينية هذه ضعيفة لأنه يتم عادة إختيار المقر بصفة عامة

---

* -- « la sentence ait été rendue à la suite d'un conpromis où d'une clause compromissoire valable d'aprés la législation qui leur est applicable ».

1 ـ فيليب فوشار المرجع السابق ص 63 .

2 -- Jean - François POUDRET. l'extension de la clause d'arbitrage approche française et suisse JDI 1994. P 893 .

3 ـ إمانويل جيارد ص 24 .

* ـ لقد صدرت عدة قرارات تحكيمية أخضعت إتفاق التحكيم لقانون مقر التحكيم منها

v. par exemple les sentence rendues en 1972 dans l'affaire CCI in 1803 year book commercial arbitation 1980 P 177 annulé par le T. Fèd suisse 5 mai 1976. en 1983 dazns l'affaire CCI n° 4392 JDI 1983 P 907 OBS y. Derains.

لاعتبارات جغرافية و لا يستند لاعتبارات قانونية كما يرى " جولدمان " أن إختيار مكان التحكيم عموما غير مرتبط بالنزاع و هو في أغلب الأحيان أجنبي عن النزاع . (1)

المطلب الثاني : منهج القواعد المادية :

إن صعوبة و دقة طريقة التنازع في تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم من جهة و الطبيعة الخاصة لإتفاق التحكيم من جهة أخرى كما يقول الأستاذ محسن شفيق بأن " التحكيم في الحقيقة ليس إتفاقا محضا ، ولا قضاء محضا ، و إنما هو نظاما يمر في مراحل متعددة ، يلبس في كل منها لباسا خاصا و يتخذ طابعا مختلفا ، فهو في أوله إتفاقا ، وفي وسطه إجراءا ، وفي آخره حكما و ينبغي مراعاة إختلاف هذه الصور عند تعيين القانون الواجب التطبيق . " (2) و هذا ما يجعل تكييفه و تحديد طبيعته القانونية معقدة مما يصعب مهمة المحكم و بعدهالقاضي في إخضاعه لنظام قانوني معين أدى لظهور طريقة و منهج جديد في تحديد القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم حيث ظهر هذا المنهج الجديد بفضل تكريسه من قبل الإجتهاد القضائي لمحكمة الإستئناف لباريس و مؤخرا من طرف محكمة النقض بفضله يتم تقرير وجود و صحة إتفاق التحكيم ، بعيدا عن كل بحث للقانون واجب التطبيق .

و سأبحث عن مدى تكريس الإجتهاد القضائي لهذا المنهج و الإنتقادات التي وجهها الفقه و أخيرا مدى وقيمة المنهج ، و قبل ذلك أشير إلى قول : " Yvon loussouarn " بأنه " في حالات نادرة تزيح القواعد المادية قواعد التنازع في أغلب الأحيان يكون بصدد تنسيق للطريقتين (3) .

الفرع الأول : تكريس الإجتهاد القضائي لهذا المنهج

وضع الإجتهاد القضائي الفرنسي في بداية السبعينيات مبدأ صحة إتفاق التحكيم الذي إنبثق من مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم مبدأ الصحة هذا كان نتيجة لأحد أهم آثار مبدأ الإستقلالية و هو مبدأ إستقلاليته عن أي قانون وطني ، و تأكد هذا المبدأ في نهاية الثمانينات و بداية التسعينات في مجموعتين من الأحكام الصادرة عن محكمة إستئناف باريس .

---

1 -- Berthold Goldman l'arbitrage commmercial international J-CL droit inter 1989 - 3 Fasc 586 . P 13

2 - باقتباس من سامية راشد التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة منشأة المعارف الإسكندرية 1984 ص 2 .

3 - Yvon loussouarn, Cours général de droit international privé, RCADI, 1973, P 341.

أ – أكدت المجموعة الأولى من الأحكام (1) بطريقة صريحة و فاصلة " أنه يتمتع شرط التحكيم في المجال الدولي بصحة و فعالية خاصة " * .

و من جهة أخرى محكمة إستئناف باريس لم تستعمل هذه العبارة إلا لتنقص من بعض النتائج المتعلقة بمدى إتفاق التحكيم ، و كذلك في مواجهة الأطراف التي لم تمض شكليا عليه و ليس في تقدير صحة إتفاق التحكيم . (2)

ب – كما أقرت المجموعة الثانية من الأحكام القضائية ما يلي :

" يطبق مبدأ الإستقلالية عموما في مجال التحكيم الدولي باعتباره قاعدة موضوعية دولية تكرس شرعية إتفاق التحكيم دون الرجوع لأي نظام لتنازع القوانين ، و تراقب صحة إتفاق التحكيم في مواجهة فقط مستلزمات النظام العام الدولي . " و هو نص القرار الصادر من محكمة الإستئناف لباريس في 17 ديسمبر 1991 (3)

نلاحظ في هذا الحكم و غيره من الأحكام * التي جاءت بنفس النص تقريبا صدرت من محكمة إستئناف باريس ، و نفس الموقف إتخذته الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في قرار صادر في 20 ديسمبر 1993 و الذي يترجمه بعبارات أدق و هي : " أن مبدأ إستقلالية و صحة شرط التحكيم في المجال الدولي موجه لتأكيد الفعالية الكاملة وفق إرادة المتعاقدين و تكرس إستقلالية إتفاق التحكيم ... " . (4)

يمكن أن تستخلص من هذه الأحكام أن إستقلالية إتفاق التحكيم كمبدأ قانوني جعل هذا الإتفاق يتحرر في المجال الدولي ليس على العقد الأساسي فحسب و إنما على أي قانون داخلي يمكن تطبيقه و يصبح بالتالي عقدا قائما بذاته و صحيحا و التحفظ الوحيد الذي يمكن أن يقيده هو النظام العام الدولي .

---

* -- « La clause compromissoire a une validité et une éfficacité propre »

1 -- CA paris 20 Avr 1988 Rev . arb 1988 P 570.
-- CA paris 30 nov 1988 et 14 fev 1989 Rev. Arb 1989 P 691.
-- CA paris 28 nov 1989 Rev. Arb 1990 P 675.
-- CA paris 11 Janv 1990 JDI 1991 P 141.

2 – إمانويل جيارد ، المرجع السابق ص 16 .

3 – نفس المرجع نفس الصفحة .

* -- CA. Paris 8 mars 1990 Ducler Rev. Arb 1990 P 675
-- CA. Paris 26 mars 1991 Dalico Rev. Arb 1990 P 456

4 – نفس المرجع نفس الصفحة .

و عرفت هذه القاعدة المادية أول تأسيسا لها كقاعدة معترف بها في قرار أساسي صدر في 20 ديسمبر 1993 من محكمة النقض الفرنسية في قضية Dalico حيث كرست محكمة النقض هذه القاعدة بعد الطعن بالنقض ضد قرار محكمة الإستئناف لباريس الصادر في 26 مارس 1991 . حيث دعم و أيد قرار محكمة الإستئناف لباريس و أكد على مبدأ الإستقلالية سواء عن العقد أو عن القوانين الداخلية و أقر وجود و صحة إتفاق التحكيم كما أضافت محكمة النقض الفرنسية إلى جانب التحفظ الوحيد على هذه القاعدة بالنظام العام الدولي ، بتحفظها على القواعد الآمرة في القانون الفرنسي * .

الفرع الأول : إنتقادات الفقه .

تحفظ أغلب المعلقين على القرارات الصادرة من محكمة إستئناف باريس و التي أكدت بطريقة أو بأخرى إستقلالية إتفاق التحكيم عن أي قانون وطني .

كما يشكك الأستاذ " برينو أوبيتي " " Bruno - Oppetit " في طبيعة القاعدة ، فهو يؤكد أنها قاعدة مادية لكن هل يمكن إعتبارها قاعدة لقانون دولي حقيقي ، مقبولة عموما من طرف الدولة لاحتياجات التجارة الدولية-كما يعلق الأستاذ " جولدمان " في قضية إيتش- أم أنها قاعدة من القانون الدولي الداخلي (Droit international étatique) على حد تعبير الأستاذ Francéscakis ؟ (1) .

و لقد لاحظ مختلف الكتاب على أن هذه الإستقلالية لا يمكن أن تكون كاملة من الناحية التطبيقية . ولا يمكن للإجتهاد القضائي أن يمنح لاتفاق التحكيم صحة مطلقة كما يطرح الأستاذ " ماير " (Mayer) تساءل أراه منطقيا . و هو واقعي بقوله : " هل يعني هذا أن إتفاق التحكيم غير قابل للإبطال بسبب عدم الأهلية أو عيب في الرضا أو عدم قابلية الموضوع للتحكيم هذا الطرح غير الجدي ؟ .

لم تسلم فكرة الإستقلالية و الفعالية الذاتية ، حتى من الناحية النظرية من النقد كما بين أحد المؤلفين - H. Gaudemet - Tallon – حيث يقول أنه لا يمكن لأي تصرف أن يكون صحيحا إلا إذا توفرت فيه شروط شكلية و موضوعية ، و هذه الشروط يمكن أن تكون أقل شدة لكن لا يمكن أن تكون غير موجودة أو منعدمة في أي حال من الأحوال . (2) .

_ * نص القرار كالآتي :

« en vertu d'une règle matérie lle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement au par référence et que son existence et sont éfficacité S'apprécient, sous réserve des règles impéralives du droit français et de l'ordre public international d'aprés la Commune volonté des parties sans qu'il soit necessaire de se rélfèrer à une loi étatique ».

1 -- Bruno OPPetit Revue Critique 1976 P 514 (باقتباس)

2-- H. Goudmet - Tallon, note S. C.A paris 26 mars 1991, Dalico, Rev. Arb. 1991, P 456.

بعد عرض هذه الإنتقادات يمكن أن نخلص إلى أن الفقه يفضل طريقة التنازع لبحث القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم . لأنها تمنح حماية أكثر للأطراف و تعطي ضمانات أكثر لنظام العلاقات التجارية .

كما أننا إذا سلمنا بمبدأ الصحة فسنعيد النظر في جدوى إيجاد أنظمة قانونية سواءا داخلية أو دولية لتنظم التصرفات و العلاقات القانونية و وضع شروط شكلية و موضوعية لوجودها و صحتها ، خاصة تلك المتعلقة باتفاق التحكيم . كما سوف نعيد النظر في فلسفة القانون ذاتها إذا أصبحت قاعدة مادية للقانون الدولي الداخلي " étatique " أصبحت تسمو على الإتفاقيات الدولية و القوانين وعلى القواعد الآمرة الداخلية ، كما أن مثل هذه القاعدة ستكون حجة للمتعاقدين للتهرب من تطبيق قواعد النظام العام الداخلي ، بما أن الأطراف سوف لا يخضعون إتفاقهم لأي قاعدة داخلية و كذلك الشأن بالنسبة للمحكم القاضي يدعوى وجود قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي تقضي بصحة هذا الإتفاق وحصانته ضد أي قانون وطني .

الفرع الثالث : مدى و قيمة منهج القواعد المادية .

رغم الإنتقادات التي وجهها الفقه لهذه القاعدة التي أنشأتها محكمة إستئناف باريس ثم محكمة النقض و القاضية بتقدير صحة شرط التحكيموالتحفظ فيما يخص النظام العام الدولي و الذي يسمح عند تقدير صحة إتفاق التحكيم بتفادي الخصوصيات المحلية و هو ما يفسر هذا التحفظ و من جهة أخرى لأن مسألة صحة إتفاق التحكيم تعرض على القضاء الداخلي المختص في مراقبة القرار و كذلك على المحكمين أنفسهم ليفصلوا في اختصاصهم و هو ما سأتناوله في النقاط التالية :

أ ـ تطبيق منهج القواعد المادية من قبل القضاء الداخلي .

جعل مبدأ إختصاص ـ الإختصاص * القضاء الداخلي لا يتدخل إلا لفحص القرار الذي يكون محل طعن بالإلغاء أو محل طلب للتنفيذأو ثبت أن القرار صدر بدون إتفاق للتحكيم أو باتفاق باطل أو غير صحيح . أو رفض أحد الأطراف قبول إختصاص المحكمة لأنها أخطأت في تقرير إنعدام أو عدم صحة إتفاق التحكيم لهذا قررت محكمة النقض الفرنسية بقرار صادر في 17 ديسمبر 1991 (1) بأن مراقبة وجود و صحة إتفاق التحكيم يجب أن تتم فقط وفق ما يفرضه النظام العام الدولي .

---

* أنظر الفصل الأول في هذا الموضوع ص : 97

1 ـ القرار المشار إليه آنفا ص : 100 و ما يليها .

يرد الأستاذ " إمانويل جيار " على الإنتقادات التي وجهت للقضاء الفرنسي قائلا " أن الإجتهاد القضائي الفرنسي لا يقصد عدم إخضاع إتفاق التحكيم لأي مراقبة لكن يقصد الحد من هذه المراقبة و قصرها على مواجهة إتفاق التحكيم بالمبادئ الأساسية التي أخذ بها القانون الفرنسي في المواد الدولية و هو ما كانت تقصده المحاكم الفرنسية بعبارة النظام العام الدولي كمايستطرد في قوله أنه " لسنا بصددعقد بدون قانون لكن عقد بدون تنازع القوانين " .(1)

ب ـ تطبيق منهج القواعد المادية من طرف الحكام :

نلاحظ أن الحكام المدعوون للفصل في وجود و صحة إتفاق التحكيم الذي يؤسس إختصاصه يفضلون تطبيق القواعد غير الوطنية (Les règles - transnationals) عن تلك التي تحددها قاعدة التنازع ، ذلك بسبب عدم إنتماء المحاكم لأي نظام قانوني داخلي فهو ليس مجبرا أو مرغما بتطبيق قواعد التنازع لأي نظام مؤسساتي ، وفي حالة سكوت الأطراف على هذه النقطة فإن المحكم يطبق ما يراه و يعتبره من المتطلبات الأساسية للمجتمع الدولي المستقاة على أساس دراسة القانون المقارن ، و فحص الإجتهاد التحكيمي الدولي مستقلا عن الخصوصيات المحلية .

يوجد في الإجتهاد التحكيمي تيار قوي ينتمي إلى تقرير وجود و صحة إتفاق التحكيم بالنظر لمفاهيم مادية Conceptions matérielles ذات مصادر غير وطنية التي تلائم طبيعة المصدر غير وطني لسلطة قضاء المحكمين (2) و نلاحظ وجود هذا التيار في العلاقات بين الأفراد مثلا في القرار الصادر من طرف السيد " لاليف " P. lalive المحكم الوحيد في قضية CCI رقم 1512 بتاريخ 14 جانفي 1970 (3) . و كذلك قرار CCI الصادر في نوفمبر 1984 في القضية رقم 4694 و الذي فصل في وجود وصحة إتفاق التحكيم على أساس نظام التحكيم لـ CCI وفق إختيار الأطراف ، و نفس التيار في قرار CCI الصادر في 1986 في القضية رقم 4381 (4) و قرار CCI الصادر في 23 سبتمبر 1982 في قضية 4131 Dow chimical (5) و كذلك قرار CCI الصادر سنة 1986 في القضية رقم 5065 (6)

---

1 ـ إمانويل جيار ، نفس المرجع ص 17.

2 ـ إمانويل جيارد المرجع السابق ص18

3 -- Year book commercial arbitration 1980 P 174

4 -- JDI 1986 P 1103 obs. y. Derains

5 -- Rev. Arb 1984 P 137 JDI 1983 P 899 obs Derains

6 -- JDI 1987 P 1039 Obs. y. Derains.

كما نلاحظ نفس التيار في عقود الدولة " Contrat d'états " مثلا في قضية ليامكو " Liamco " ضد ليبيا في 12 أفريل 1977 و قد أوضح القرار الصادر الطبيعة الملزمة لاتفاق التحكيم المبرم من طرف حكومة على أساس العمل الدولي .(1) فكما يقول الأستاذ Derains فمهما يكون القانون الذي يقرر المحكمون تطبيقه على شرط التحكيم فإنهم يفضلون التفسير لصالح صحة إتفاق التحكيم (2) لإعتبارات مصدرها فعالية نظام التحكيم من جهة ، فلا يعقل في كل مرة يتعارض فيها إحدى القواعد القانونية الداخلية مع صحة إتفاق التحكيم فيصبح هذا النظام غير مختص .

و تختص المحاكم الوطنية مما يجعل نظام التحكيم عرضة للدفع بعدم الإختصاص الذي تؤيده القواعد الداخلية مما يجعل المحكمين يفضلون تطبيق القواعد التي تجعل إتفاق التحكيم صحيحا و من ثمة إختصاصهم في حل النزاع ، كما يمكن إضافة إعتبارات شخصية فمن غير المعقول أن يدفع المحكم بعدم إختصاصه بعدما تم تعيينه لحل النزاع و لتمثيل أحد الطرفين ، فالمحكم سيسعى جاهدا لإيجاد و تطبيق القانون الذي يقر بصحة إتفاق التحكيم و يدعم إختصاصه .

المطلب الثالث : التوفيق بين قواعد التنازع و القواعد المادية .

ظهر أخيرا في بعض القوانين الحديثة إتجاها جديدا يسمح بالتركيب بين قواعد التنازع و القواعد المادية لصالح إتفاق التحكيم . و سأتناول بالدراسة القوانين التي تساير هذا التوفيق " Combinaison " بين القواعد المادية و قواعد التنازع ثم أتناول موقف القانون الجزائري .

---

1 ـ إمانويل جيارد المرجع السابق ص 18 .

2 -- yves. Derains, les tendances de la jurisprudence arbitral, JDI, 1993, P 838

تكريس المذهب في التشريعات الأجنبية .

يعتبر المشرع السويسري هو الرائد الذي كرس التوفيق بين القاعدتين المادية و قاعدة التنازع فيما يخص إتفاق التحكيم . بحيث تنص المادة 178 من القانون الدولي الخاص السويسري المخصصة لإتفاق التحكيم ، و التي تسمح بالإعتراف باتفاق التحكيم " إذا إستجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي إتفقت الأطراف على اختياره و إما القانون المنظم لموضوع النزاع ، و كذلك القانون المطبق على العقد الأساسي و إما القانون السويسري" * (1) تعتبر هذه المادة قاعدة تنازع لكن تسمح في الحقيقة كما يقول الأستاذ جيارد" Gaillard " للقاضي السويسري المكلف بالنظر في صحة إتفاق التحكيم بتطبيق القواعد الماديةلقانونه . كما إعتبر المشرع كما هو الشأن بالنسبة للقضاء الفرنسي في حالة ذات طبيعة دولية يكفي أن يرتب القرار آثاره في النظام القانوني للقاضي في أن تخضع صحة هذا الإتفاق إلى المبادئ الخاصة بهذا النظام (2) .

و يعتبر التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية التشريع الثاني في القانون المقارن الذي كرس هذا الإتجاه و لأهميته سأتناوله في مبحث خاص .

---

* نلاحظ أن نفس المادة نقلت صرفيا للقانون الجزائري الجديد المادة 458 مكرر 1

1 ـ إمانويل جيارد ، المرجع السابق ص 19

2 ـ راجع المبحث الثاني صحة إتفاق التحكيم في القانون الجزائري ص : 119

خلاصة

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم يحكمه مبدأ الإستقلالية ، الذي لا تقتصر آثاره على العقد الأصلي ، فحسب و إنما تمتد لإستقلاليته عن كل قانون وطني .

ـ أول قاعدة يمكن تطبيقها لتحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم هي أقدم طريقة و أكثرها شيوعا كما أن تطبيقها يثير عدة صعوبات في اختيار أصناف الإسناد من جهة و عناصر الإسناد من جهة أخرى

ـ بالنسبة لأصناف الإسناد فإن إتفاق التحكيم يتنازعه وجهان للإسناد يعتبره الأول كإجراء و هو ما أخذ به معهد القانون الدولي في التقرير الذي قدمه الأستاذ " Sauser - Hall " و هو يخضع بالتالي للقانون الذي يحكم الإجراءات و هو يخضع للمبدأ الذي يقول أن الإجراءات تخضع لقانون مكان إجراء التحكيم، و التكييف الثاني يعتبره كإتفاق في الموضوع و يخضع لقانون الإرادة و القانون الذي يختاره الأطراف إذا تم هذا الإختيار صراحة فلا مشكل و الإشكالية تطرح في غياب هذا الإختيار فإننا سنعود إلى توطين العقد عن طريقة المؤشرات أو عناصر الإسناد .

ـ و عناصر الإسناد كثيرة منها مؤشر مكان إبرام إتفاق التحكيم و هو مؤشر صعب التحديد في بعض الحالات و عرضي و لايشكل سوى قيمة توطينية ضعيفة ، كما ينفرد إتفاق التحكيم بمؤشرات خاصة مثلا عند وضع شرط تحكيمي مستخلص من عقد نموذجي موضوع من قبل مجموعة مهنية لدولة معينة و مرتبطة إرتباطا وثيقا بالنظام القانوني لهذه الدولة . و كذلك مؤشر مقر التحكيم الذي يعتبر مهما لكنه صعبا إذا لم يتحدد من قبل الأطراف و قد أخذت به أهم الإتفاقيات الدولية .

إن ثاني قاعدة تطبق على إتفاق التحكيم و صحته هي قاعدة إتفاق التحكيم كقاعدة مادية ظهرت بفضل الإجتهاد القضائي الفرنسي ، و هي في الحقيقة كانت نتيجة و أثر لمبدأ الإستقلالية و خاصة القاعدة التي تشكل أهم أثر لهذا المبدأ و هي إستقلالية إتفاق التحكيم عن أي قانون وطني . و لم تسلم هذه القاعدة من النقد ، رغم ذلك عرفت تطبيق من قبل القضاء الداخلي و من قبل الحكام .

ظهرت في الأخير قاعدة جديدة تأخذ بالتوفيق بين قواعد التنازع و القواعد المادية ، و لقد كان المشرع السويسري أول من أخذ بهذه القاعدة و التي تقر بصحة إتفاق التحكيم ، و تحيل إمكانية تقرير هذه الصحة بإحدى القوانين المنصوص عليها .

المبحث الثاني : صحة إتفاق التحكيم في القانون الجزائري

إن تحديد مدى صحة إتفاق التحكيم في القانون الجزائري يطرح عدة مشاكل فيما يخص شرط التحكيم القبي أبرمت في ظل قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 فهل توجد حلول فيما يخص القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم في الأحكام العامة ؟ و ما هي القواعد التي جاء بها التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية في باب التحكيم الدولي ؟

المطلب الأول : القانون الواجب التطبيق في الأحكام العامة .

لم ينص قانون الإجراءات المدنية الجزائري قبل التعديل على قواعد قانونية لتنظم إتفاق التحكيم ، الدولي إلا إذا سلمنا بأن هذه القواعد يمكن أن تمتد لتشمل التحكيم في العلاقات الدولية .

الفرع الأول : بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الشكل :

لقد نص قانون الإجراءات المدنية على قاعدتين تخصان شكل إتفاق التحكيم بحيث تنص المادة 443 بأنه " يحصل الإتفاق على التحكيم أمام المحكمين الذين يختارهم الخصوم و يثبت الإتفاق إما في محضر أو في عقد رسمي أو عرفي ." تؤكد هذه المادة على وجوب أن يكون هذا الإتفاق في محضر أو في عقد رسمي أو عرفي " . أي أوجب القانون الجزائري بأن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا . كما نصت المادة 444 من ق إ م على أن " يعين إتفاق التحكيم موضوعات النزاع و أسماء المحكمين و إلا كان باطلا " لقد أوجب القانون الجزائري تحديد موضوعات النزاع تحت طائلة البطلان أما إذا كانت أحكام قانون الإجراءات المدنية تخص التحكيم الداخلي دون الدولي فنرجع في تقرير صحة إتفاق التحكيم من حيث الشكل إلى النصوص العامة للقانون المدني الجزائري ، حيث أن شكل التصرفات تخضع وفقاللمادة 19 من القانون المدني للقاعدة القديمة و هي مكان إبرام العقد أو للقانون المشترك بن الطرفين بحيث تنص المادة على ما يلي: " تخضع العقود فيما بين الاحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه . و يجب أيضا أن تخضع لقانون الوطن المشترك للمتعاقدين " .

أخذ في هذا النص المشرع الجزائري بقاعدة " Locus régit actum " قاعدة مكان إبرام العقد كما أخذ بقاعدة ثانية و هي قاعدة القانون الوطني المشترك للمتعاقدين إلا أننا نلاحظ في الصياغة باللغة العربية ملاحظتين و هي:الأولى في الفقرة التي تنص " ... و يجب أيضا أن تخضع ... " فإن هذه الصياغة تجعلنا نقتنع بأن القانون الجزائري جاء بقاعدة تلزم تطبيق قانونين قانون البلد الذي تمت فيه و قانون الوطن المشترك للمتعاقدين و ما يزيل عنا هذا الإبهام هو النص باللغة الأجنبية

« les actes entre vifs sont soumis. quant a leur forme a la loi du lieu où ils ont été acomplis. ils peuvent être également soumis à la loi national commune aux parties »

إذا هذه الصياغة تستعمل عبارة " و يمكن أن تخضع كذلك " مما يختلف الأمر فإذا كان تطبيق قانون الوطن المشترك للمتعاقدين إجباري في الصياغة العربية فهو إختياري في الصياغة الفرنسية .
أما الملاحظة الثانية : لخطأ في الصياغة جاء النص العربي بالعبارة التالية " ... و يجب أن تخضع لقانون الوطن المشترك للمتعاقدين ... " فعبارة قانون الوطن المشترك لمتعاقدين مبهمة و تجعلنا نطرح تساؤل هل المقصود بالقانون الوطني المشترك للمتعاقدين أم قانون الوطن المشترك للمتعاقدين ؟ بعبارة أخرى هل نحاول الموافقة بين قانون كل طرف و تطبيق كلا القانونين ؟ أم أننا سنحاول إيجاد وطن مشترك للطرفين ، و تطبيق قانونه و هو الشئ المستحيل ! ولإزالة هذا الإبهام نعود للنص الفرنسي الذي يقر :
«... ils peuvent être également soumis à la loi national commune aux parties »
وفقا لهذا النص نفهم أنه يمكن تطبيق القانون الوطني المشترك للأطراف .

الفرع الثاني : بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الموضوع :

فالأحكام العامة تنص في المادة 18 من القانون المدني الجزائري على " يسري على الإلتزامات التعاقدية ، قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدين على تطبيق قانون آخر ... "
إن الترتيب الذي جاءت به هذه الحلول ، بحيث نصت على القانون محل إبرام العقد ثم قانون الإرادة تجعلنا نفكر أن المشرع الجزائري قد كرس إسناد أساسي لمحل إبرام العقد و إسناد إضافي لقانون الإرادة ، لكن سيطرة قانون الا رادة في هذا المجال تجعلنا نعترف بأن هذا القانون يحتل المرتبة الأولى (1) ، و لا يتدخل قانون مكان إبرام العقد كقاعدة إحتياطية إلا في غياب هذه الإرادة . و يبقى على الإجتهاد القضائي الجزائري أن يحدد الشكل الذي يجب أن يكون عليه هذا الإختيار لكي يؤخذ بعين الإعتبار ، و يمكن أن يفرض إختيار واضح و دقيق في شرط خاص (2)
لكن في غياب نص واضح كما أقر القانون المصري يقول الأستاذ علي علي سليمان فسنقوم بالبحث عن مؤشرات و قرائن الإستدلال على الإرادة الضمنية . * و أهم هذه القرائن محل إبرام العقد . محل تنفيذ العقد الموطن المشترك . الجنسية المشتركة ـ التعاقد مع الدولة .
إلى غيرها من القرائن التي تناولتها بالدارسة سابقا .

---

1 -- - Mohand Isaad, droit international privé OPU 1986 Alger P 305
2 -- - Georges peyrard, la solution des conflits de lois en Algerie Rev. Cvit 1977. 412.
* أنظر عناصر الإسناد . ص . 107

في الأخير أشير إلى ما قاله الدكتور " زروتي الطيب " إلى أن " قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة قد أصبحت الآن قاعدة تقليدية و عالمية مأخوذا بها في القانون المقارن و في التحكيم الدولي ، ويستطرد نفس المؤلف أن المشرع لم يوفق حين نص على إختصاص قانون مكان الإبرام ، و لو أن النص جاء في إعتقادنا على سبيل المثال و ليس الحصر ... " (1)

المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم في التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية

جاء التعديل ليغطي العجز فيما يخص الأحكام التي تنظم التحكيم التجاري الدولي بصفة عامة و القواعد التي تنظم إتفاق التحكيم بصفة خاصة.إن الأهمية التي يوليها المشرع الجزائري و التشريعات الأجنبية بصفة عامة لصحة إتفاق التحكيم - و كذلك الإجتهاد القضائي كما سبق تناوله - كبيرة لأن معرفة وجود و صحة إتفاق التحكيم يتحكم في مصير النزاع و عرضه على التحكيم و استمراره و تمسك المحكمين في الفصل في النزاع إلى إصدار قرار بشأنه و إقرار عدم صحة الإتفاق أو عدم وجوده - يجعل النزاع من إختصاص القضاء .

أخذ المشرع بالإتجاه الحديث فيما يخص القانون واجب التطبيق على إتفاق التحكيم و ساير بذلك القانون الدولي الخاص السويسري في المادة 178 منه بحيث تنص المادة 458 مكرر 1 على ما يلي : " تسري إتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية و القائمة . يجب من حيث الشكل ، و تحت طائلة البطلان ، أن تبرم إتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي .

تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا إستجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره ، و إما القانون المنظم لموضوع النزاع ، لا سيما القانون المطبق على العقد الأساسي و إما القانون الجزائري ... " إذا إقتبس المشرع الجزائري النص من القانون السويسري ، و النص باللغة الفرنسية يطابق تماما النص السويسري . لقد منحت الأحكام الجديدة حرية كاملة للأطراف في تحديد الشروط الشكلية و الموضوعية التي يجب أن يخضع لها إتفاق التحكيم (2) . و يمكن تقسيم هذا النص إلى قاعدتين : القاعدة الأولى تخص القانون الواجب التطبيق على شكل إتفاق التحكيم أما القاعدة الثانية فتخص موضوع هذا الإتفاق.

---

1 - زروتي الطيب ، المرجع السابق ص 228

2 -- M.A BEKHECHI, l'arbitrage Commercial international, RDIDC, 1994. P 93

الفرع الأول : القانون الواجب التطبيق على شكل إتفاق التحكيم :

تنص المادة 458 مكرر 1 فقرة 2 على أنه " يجب من حيث الشكل و تحت طائلة البطلان ، أن تبرم إتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي ". نلاحظ أن القانون الجزائري وضع شرطا أكثر تقييدا من المادة 178 من القانون السويسري الذي ينص أن إتفاق التحكيم يكون صحيحا إذا أبرم كتابة أو بمختلف وسائل الإتصال .*

إن طابع الصرامة و العقوبة التي سلطها المشرع الجزائري بإبطال الإتفاق التحكيمي في حالة عدم وجود إتفاق مكتوب في غياب النص على الوسائل الحديثة للإتصال يجعلنا نعتقد أن إتفاق التحكيم يكون باطلا إذا لم يحترم هذا الشكل ، و هذا مناقض للروح العامة للمرسوم التشريعي الذي يتسم بالليبرالية (1) يجب فهم هذا النص في إطار تفسير واسع لأن الوثيقة المكتوبة لا تفرض إلا للإثبات " ad probationem "(2) كما أن وجود هذا الشرط يعد موقفا شاذا بالنسبة لأشكال التراضي ، التي تكرسها مختلف النظم القانونية للتحكيم الدولي و التي تترك الإمكانية للشكل الشفوي للتراضي (3) مثل القانون الألماني في مادته 1027 من قانون الإجراءات المدنية ، وكذلك الشأن بالنسبة للقانون البلجيكي في المادة 1005 ق إ م . إذا رجعنا إلى الأحكام العامة التي جاء بها القانون المدني الجزائري فيما يخص الأشكال الخاصة بالتراضي بالكتابة ، فقد نصت المادة 329 أنه " تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات و تكون للبرقيات هذه القيمة أيضا ، إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليها من مرسلها . و تعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك .".

لقد أوجد القانون المدني الجزائري عدة إمكانيات للإثبات بالكتابة حيث إعتبر الرسائل الموقع عليها و البرقيات لها نفس قيمة الأوراق العرفية ، كما تنص المادة 335 ق م ج أنه " يجوز الإثبات بالبينة

---

* ــ ونص المادة بالفرنسية هو كما يلي :
Art 178 « : Valable si elle est passée par écrit , télégramme télex télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte »

1 -- - Mohand Isaad, le Décrét législatif Algerien du 23 Avril 1993 Relatif à l'arbitrage international, Rev Arb, 1993 P 385

2 ــ بخشي عبد الوهاب المرجع السابق ص 94

3 -- - Ali MEBROKINE et BEJAOUI M,. le nouveau droit de l'arbitrage international en Algerie, . JDI, 1993, P 883

فيما إذا كان يجب الإثبات بالكتابة إذا وجد بداية ثبوت بالكتابة ، و كل كتابة تصدر من الخصم و يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الإحتمال ، تعتبر بداية ثبوت "
إن الإثبات بالشهود و البينة و الإقرار لا تعتبر وسائل إثبات تصلح لطبيعة إتفاق التحكيم و خاصة للنتائج الهامة التي تترتب في حالة إقرار صحته على حقوق الأطراف . (1) إذا حتى بالرجوع للقواعد العامة لايمكن إدراج الرسائل و البرقيات بصفة قانونية . و هذا لا يعني التطبيق الحرفي للمادة 458 مكرر 1 لكن يجب تطبيقها بمرونة أكثر لأن نية المشرع الجزائري هي التأكيد على وجود إتفاق التحكيم و تطابق إرادة الأطراف و التأكيد على أن التحكيم دولي . (2)
تنص إتفاقية نيويورك لـ 10 جوان 1958 التي تعتبر الجزائر عضوا فيها في مادتها الثانية فقرة 2 على ما يلي : " المراد بالإتفاقية الكتابية " هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في إتفاق التحكيم الموقع من الأطراف و المتضمن في رسائل أو برقيات متبادلة . إذا إتفاقية نيويورك التي تعتبر جزءا من النظام القانوني الجزائري فتحت مجالا أوسع تشكل إتفاق التحكيم لتشمل الرسائل و البرقيات المتبادلة

الفرع الثاني : القانون الواجب التطبيق على الموضوع

تنص المادة : 458 مكرر 3 فقرة 3 ق إ م على ما يلي :

" ... تعتبر صحيحة من حيث الموضوع أذا استجابت للشروط التي يضعها

أ ـ إما القانون الذي إتفقت الأطراف على اختياره

ب ـ القانون المنظم لموضوع النزاع لا سيما القانون المطبق على العقد الأساسي .

جـ ـ إما القانون الجزائري .. "

لقد إستمد القانون الجزائري هذه المادة من القانون الدولي الخاص السويسري المادة 178 الذي يمثل الإتجاه الجديد كما سبق و أن درسناه . (3) فيما يخص القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم بحيث يعطي حلا توفيقيا بين قواعد التنازع و القواعد المادية ، بهدف إنقاذ إتفاق التحكيم من أي دفوعات ضد صحة موضوعها . هذا للأهمية التي يوليها المشرع لاتفاق التحكيم ، يكفي لاتفاق التحكيم

---

1 ـ بجاوي محمد و مبروكين علي ص 884

2 ـ محند إيسعد المرجع السابق ص 385

3 ـ راجع موضوع التوفيق بين قواعد التنازع و القواعد المادية ص . 116

أن يكون صحيحا و يحدث آثاره إذا كان موافقا للأحكام الثلاثة أو الأربعة إذا كان قانون موضوع النزاع يختلف عن القانون المطبق على العقد الأساسي ، و يمكن إضافة إمكانية خاصة مستوحاة من المادة 5 فقرة 1 لإتفاقية نيويورك و هو قانون البلد الذي وقع فيه التحكيم *

إذا وضع المشرع الجزائري كمرحلة أولى قاعدة مادية تقر بصحة إتفاق التحكيم ، و وضع قاعدة تنازع إختيارية تسمح باقرار صحة إتفاق التحكيم في أغلب الحالات ، و سأتطرق بدراسة هذه الإمكانات أو هذه القوانين .

- أ - إخضاع صحة إتفاق التحكيم للقانون الذي إتفقت الأطراف عليه .

إن خضوع صحة إتفاق التحكيم للقانون الذي إتفقت الأطراف على إختياره دليل على تكريس مبدأ الحرية ، و هو ما نصت عليه المادة 18 من القانون المدني الجزائري . إن هذه القاعدة التي تقرر مبدأ قانون الإرادة تطرح تساءلين . الأول يتعلق في حالة غياب هذا الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق ؟ و الثاني يتعلق بحدود هذا الإختيار ؟ .

أ - غياب الإختيار الصريح .

إن القلة من المؤلفين الذين درسوا المادة 18 أحالو هذه الإشكالية للإجتهاد القضائي في هذا الموضوع يرى الأستاذ إيسعد أن صياغة هذا النص لم تفتح مجالا للقرائن التي تدل على هذه الإرادة ، على عكس القانون المصري ، و لهذا فسنعود مباشرة للقاعدة الإحتياطية (1) و يرى الأستاذ علي علي سليمان أنه إذا قام الأطراف بالإتفاق على تطبيق قانون معين و هو الأمر النادر فلا صعوبة ، أما إذا لم توجد الإرادة الصريحة فيستدل على الإرادتين الضمنية و المفترضة بالقرائن * و أهمها :

- 1 - محل إبرام العقد : و قد أخذ به القانون الجزائري بالمادة 18 من القانون المدني ، و كانت المدرسة الإيطالية القديمة تأخذ به كما يأخذ به اليوم القضاء الفرنسي و البلجيكي و قضاء الولايات

---

* - رغم أن قانون المقر فقد الكثير من التأكيد فلم ينص عليه القانون السويسري و لم ينص عليه القانون الجزائري ، لكن هذا لا يعني إقصاءه بما أن الجزائر صادقت على إتفاقية نيويورك ، و وفقا للدستور الجزائري فإن الإتفاقية الدولية تسمو على القانون . و بما أن إتفاقية نيويورك أخذت بقانون المقر ، فيمكن اعتباره جزءا من القانون الجزائري و يمكن تطبيقه على هذا الأساس.

1 - محند إيسعد ، المرجع السابق ، ص 358

* - راجع القيمة التوطينية لعناصر الإسناد . ص . 107 و ما يليها .

المتحدة الأمريكية و إسبانيا و انجلترا و يقول به الكثير من الفقهاء إلا أنه يثير صعوبة في حالة العقد الذي يتم بالمراسلة (1)

2 ـ **محل تنفيذ العقد** : كان " سافيني " يقول به و أخذ به القانون الألماني و السويسري و يرى الأستاذ "باتيفول" أن قانون محل تنفيذ العقد هو خير قانون ، لكن لم يأخذ به التحكيم لكن إذا أخذنا بعين الإعتبار محل تنفيذ إتفاق التحكيم باعتباره عقدا فسنكون بصدد قانون مقر إجراء التحكيم .

3 ـ **الموطن المشترك أوالجنسية المشتركة للمتعاقدين** : و قد أخذ به القضاء الفرنسي (2)، و القضاء الألماني و القانون الإيطالي كما نلاحظ بأن مؤشر الجنسية لا يأخذ به التحكيم الدولي .

4 ـ **التعاقد مع الدولة** : يعتبر المتعاقد مع الدولة أنه قد إختار قانون هذه الدولة ليطبق على العقد ، و قد حكمت المحكمة الدائمة للعدل الدولي بذلك و اعتبرت أن هناك قرينة بسيطة على اختيار هذا القانون تقبل إثبات العكس (3) و كما أخذ به القضاء الفرنسي ، فتوجد قرائن أخرى تم دراستها سابقا تخص إتفاق التحكيم

ـ **حدود هذا الإختيار** : لم تقيد المادة 458 إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق بأي قيد ، مقارنة بالقانون الفرنسي الذي تحفظ فيما يخص النظام العام الدولي . فهل معنى ذلك أن يكون للمتعاقدين أن يختارا أي قانون أجنبي ؟ . يميل الفقه إلى ضرورة تنفيذ حرية المتعاقدين في اختيار قانون ما بأن تكون له صلة بهما أو بعقدهما ، و هو الرأي السائد لدى الفقهاء الأوربيين ، كما أن القضاء الأمريكي يقضي بضرورة توفر الصلة و ينص القانون البولوني في سنة 1926 لهذه الصلة ، و هو ما يراه الأستاذ علي علي سليمان و كما يقول " لأنه من غير المعقول أن يختار المتعاقدان لحكم عقدهما قانونا لا صلة له مطلقا بهما و لا بعقدهما .." (4)

---

1 ـ علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، الجزائر ديوان المطبوعات – الجامعية الطبعة الرابعة 1993 ص 113

2 ـ حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 05 / 12 / 1910 (علي علي سليمان المرجع السابق ص 115)

3 ـ أنظر حكمها الصادر في 7 جويلية 1929 منشور ف دالوز الدوري لسنة 1930 عدد 2 رقم 45.

4 ـ علي علي سليمان ، المرجع السابق،ص 116

ـ ب ـ إخضاع صحة إتفاق التحكيم للقانون المنظم لموضوع النزاع :

إن القانون الذي يحكم موضوع النزاع و القانون الذي يحكم العقد الأساسي كقاعدة عامة هو القانون المختار من قبل الأطراف على أساس مبدأ الإرادة و يكون في أغلب الأحيان كما أشرت سابقا قانون محل إبرام العقد أو قانون مكان تنفيذه . و نلاحظ في هذا الموضوع أن أغلب القرارات التحكيمية وحدت بين القانون واجب التطبيق على العقد الأساسي ، و القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم ، و هي نتيجة منطقية لأن نفس الإسناد سوف يخصص لهذين العقدين (1) باعتبارهما عقدين و يخضعان لمبدأ حرية الإرادة و في غياب هذا الإختيار يخضعان لنفس مؤشرات التوطين مع الأخذ بعين الإعتبار الخصوصية التي يطرحها إتفاق التحكيم كما عرضناها سابقا . *

ـ جـ ـ إخضاع صحة إتفاق التحكيم للقانون الجزائري :

أخذ المشرع الجزائري بنفس موقف المشرع السويسري ، و أسند صحة إتفاق التحكيم للقانون الوطني ، و يمكن تبرير إختيار هذا القانون من طرف المشرع في حالة ما إذا كان التحكيم الدولي يجري في الجزائر ، رغم أن مقر التحكيم لا يشكل المعيار المهم في تحديد القانون الواجب التطبيق سواءا على الموضوع أو على الإجراءات .

يشير الأستاذ بجاوي و الأستاذ مبروكين على ملاحظة فيما يخص المادة 458 مكرر 1 حيث فضل المشرع الجزائري مصطلح droit على مصطلح loi بقصد إعطاء فعالية أكبر لإتفاق التحكيم كما أن هذه القاعدة تثير صعوبات لأنها تقصد إمكانية اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون رغم عدم استقرارها و مضمونها غيرالثابت و الواسع على حد تعبيرهم *.

و لأنه في أغلب الأحيان يثير مصطلح (2) " Loi " القواعد القانونية التي مصدرها التشريع و ذات

---

1 -- Cahiers Juridiques et Fiscaux de l'exportation . n° 15 . 1993 P 1012

* ـ راجع القيمة التوطينية للمؤشرات ص . 107 و ما يليها .

* « ils s'agit du recours systématique aux principes généraux du droit avec les risques d'imprévisibilité liés au Contenu incertain et vague de ces principes ».

2 ـ قانون ـ شريعة " Loi " تدل بالمعنى الواسع على الشريعة أي مجموعة القواعد القانونية التي سنها المشرع ، و تدل بمعناها الضيق ، على القواعد التي تحكم روابط الأفراد في المجتمع ، أما قانون " Droit " فهي مجموعة القواعد الملزمة للإنسان و تشمل القانون الوضعي و القانون الطبيعي و هي قواعد التي تشمل المبادئ العامة للقانون .

(القاموس القانوني ـ إبراهيم النجار و أحمد زكي بدوي مكتبة لبنان 1983 لبنان)

طابع وطني على خلاف مصطلح " Droit " و الذي يقصد كل قاعدة قانونية أيا كان مصدرها و يقصد المشرع به خاصة القواعد التي تشكل المبادئ العامة للقانون.(1)
بالإضافة إلى منح القانون الجزائري للأطراف الحرية في اختيار أي قانون و حتى المبادئ العامة للقانون . لم يتحفظ في هذا الإختيار بالنظام العام الجزائري أو القواعد الآمرة الجزائرية . إن النظام القانوني الجزائري الذي يتغير و يتطور بوثيرة سريعة أصبح في كل مرة يتنازل عن هذه القواعد و منها المادة الشهيرة 442 و الخرق الذي تعرضت له و مست بذلك بمصداقية القانون الجزائري و سيادةخاصة إذا اعتبرناها قاعدة نظام عام دولي . كما أنه يجب مراعاة مثل هذه القواعد ، و لا يمكن الإحتجاج بالإنفتاح الإقتصادي و الحرية الفردية في عدم مراعاة مثل هذه الجوانب . لأنه إذا كان الهدف من تطوير القواعد القانونية الجزائرية هي التنمية الوطنية فمن باب أولى المحافظة على المكتسبات الوطنية سواء كانت ثروات أو مبادئ و قيم وطنية ، و عدم الغلو في اتخاذ المواقف لأن منح الحرية بالمفاهيم الغربية للأطراف ، ثم للمحكمين دون تقييدها ، بقواعد النظام العام و القواعد الآمرة الجزائرية تجعل الأطراف الغربية تتهرب من تطبيق القوانين و القواعد الآمرة و تفضل تطبيق المبادئ العامة للقانون و العادات التجارية الدولية .
و مثل هذه القواعد غير ثابتة و مرنة و لا تخدم سوى المصالح الغربية و خاصة إذا كان مكان تنفيذ القرار التحكيمي خارج الجزائر فلا يستطيع القاضي الجزائري الدفع بالنظام العام الجزائري .

المطلب الثالث : مجال القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم

إن مجال القانون الواجب التطبيق على إتفاق اتحكيم يتحدد في شروط التكوين و آثار إتفاق التحكيم ، و سوف أتناول شروط إتفاق التحكيم و أما بالنسبة للآثار فسأتناولها بالدراسة في مطلب خاص و سوف أركز على المواضيع التي تشكل أهمية خاصة بالنسبة لاتفاق التحكيم .

الفرع الأول : تكوين إتفاق التحكيم:

إن إتفاق التحكيم باعتباره عقدا (1) يخضع لنفس شروط تكوين العقد و هي ثلاثة الرضا و المحل و السبب و سوف أتناول موقف المشرع الجزائري من هذه الأركان في الأحكام العامة للقانون المدني و كذلك في الأحكام الخاصة بالتحكيم و أركز بدراسة ما يمثل تطورا في القانون الدولي الخاص للتحكيم .

---

1 -- F. Rigaux, Des Dieux et des héros, Rev. Crit, 1978 P 435

2 _ راجع الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم ص :18

أ / ـ **التراضي** : يوجد التراضي باقتران إرادتين متطابقتين إرادة توجب و أخرى تقبل. إنما لكي يكون هذا الرضا صحيحا يجب أن تصدر الإرادة عن ذي أهلية و أن لا تكون معيبة بإحدى عيوب الرضا و هي الغلط ، التدليس ، الغبن و الإستغلال . و هو ما تؤكده المادة 59 من القانون المدني الجزائري فلا مجال في التوسع في هذا الموضوع الذي إستهلكته المؤلفات.

ـ أهلية الدولة و الأشخاص الإعتباريين العموميين في اللجوء إلى التحكيم تنص المادة 442 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية : " لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الإعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم " فوفقا للقانون الجزائري القديم فليس للدولة ولا للأشخاص العمومية حق اللجوء للتحكيم.

و كل لجوء إلى التحكيم يعتبر باطلا لأن الرضا صادر من عديم الأهلية . إلا أن التعديل الجديد جاء لنقد هذه القاعدة التي كانت إرث من القانون الفرنسي الذي يعرف نفس القاعدة و حذف القانون الجديد ، هذه الأخيرة ، تحت ضغط الضرورة الإقتصادية (1) إن هذا الحضر للجوء إلى التحكيم لـق إ م إعتبر من النظام العام الداخلي فقط و ليس من النظام العام الدولي ، و هو ما يجعل إتفاقات التحكيم المبرمة من قبل هذه الأشخاص العامة صحيحة (2) .

فأنا أرى أن هذه القاعدة رغم عمومية نصها فلا يمكن تفسيرها بعيدا عن الإيديولوجية السائدة في تلك المرحلة الزمنية سواءا بالنسبة للقناعات و المواقف السياسية الجزائرية أو حتى الإتجاه السائد في الدول النامية و الدول العربية (3) ، فإن هذه القاعدة جاءت لتؤكد الموقف الجزائري المعادي للتحكيم الدولي. و إن أي تفسير لهذه القاعدة باعتبار أنها قاعدة نظام عام داخلي ما هو إلا تبرير للخرق المتواصل في الممارسة الجزائرية . لأن هذا التفسير غير مؤسس لعمومية نص المادة 442 فقرة 3 ، كما أن تفسير هذه القاعدة بالرجوع إلى القانون المقارن مثل القانون الأوربي و الأمريكي اللذين يعتبران هذه القاعدة من النظام العام الداخلي و يسرى فقط على المعاملات الداخلية و هي لا تمنع أشخاص القانون العام من اللجوء إلى التحكيم (4) فمثل هذا التفسير لا يسرى حتما على القانون الوطني باعتبار أن التحكيم التجاري يعتبر من الأعراف و العادات التجارية الدولية في دول لها إتجاه ليبرالي و إقتصاد رأسمالي حر يختلف تماما عن

---

1 -- Mohand Issad, le Décrét Légéslatif Algérien du 23 Avril 1992, Rev. Arb 1993, P 388.

2 ـ محمد بجاوي و مبروكين ، المرجع السابق ص 879

3 ـ راجع الباب الأول ص : 4 و ما يليها .

4 ـ و هو تفسير مبروكين علي في محاضراته في التحكيم التجاري الدولي .

الأعراف و العادات التجارية الجزائرية ، و كما تختلف عن الإتجاه الإشتراكي للدولة الجزائرية الحديثة الإستقلال و الغيورة على سيادتها .

كما أن الأنظمة القانونية اللاحقة التي تنظم التحكيم بين المؤسسات العمومية تؤكد أن هذا النص ليس من النظام العام الداخلي لأن المرسوم لا يمكن أن يتعارض مع قاعدة قانونية آمرة .

إلا أن هذه الإشكالية أصبحت غير موجودة بعدما صدرت المادة الأولى من المرسوم الذي يعدل قانون الإجراءات المدنية وألغت بالتالي المادة 442 و منها قاعدة الحظر ، كما نصت الفقرة 3 منها على أنه " لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ماعدا في علاقاتهم التجارية الدولية . " و بمفهوم آخر يمكن أن نقول للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم إلا في علاقاتهم الداخلية . و لقد أسندت إتفاقية نيويورك مسألة الأهلية إلى القانون الذي يطبق على إتفاق التحكيم في مادتها 5 فقرة 2 . و تقول سامية راشد أن هذا النص يؤدي إلى النتائج التالية :

أ ـ أن كافة النقاط المتعلقة بتحقق الرضا أو تخلفه،صحته أو بطلانه تخضع لسلطة هيئة المحكمة .

ب ـ كما أنها تأكد إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد .

جـ ـ (و هو المهم) أنها حسمت الخلاف الذي كان قائما في السابق بين أنصار الإتجاه إلى إخضاع إتفاق التحكيم من حيث توافر الرضا و شروط صحته لقانون الإرادة و الإتجاه الذي كان يعطي الأفضلية لتطبيق قانون محل التحكيم و تقرير قاعدة إسناد موحدة مقتضاها ترجيح قانون الإرادة و في غيابه قانون البلد الذي صدر فيه الحكم أي مكان التحكيم (1)

أما الإجتهاد القضائي أسند قضية أهلية اللجوء للدولة و الأشخاص العامة سواءا للقانون الشخصي " Loi Personelle " للدولة المنظمة للإتفاق أو للشخص أو القانون المطبق على العقد الأصلي (2) .

ـ **ب / المحل** : و هو كل ما يلتزم به المدين ، و هو إما إلتزام بعمل أو الإمتناع عن عمل و شروط المحل في القواعد العامة للقانون المدني الجزائري أن يكون ممكنا و معينا أو قابلا للتعيين (3) ، و أن

---

1 ـ سامية راشد التحكيم ، في العلاقات الدولية الخاصة ، منشأة المعارف الإسكندرية 1984 ص 143

2 -- -- Berthold Goldman, l'arbitrage Commercial international (J- CL 1989 Fasc 586 -1 dr. int)

3 ـ راجع الفصل الأول الطبيعة القانونية لإتفاق التحكيم ص : 18

يكون مشروعا ، و تنظم أحكام المواد من 92 إلى 98 موضوع المحل و محل الإلتزام في اتفاق التحكيم هو إلتزام الأطراف بإخضاع موضوع المنازعة للتحكيم ، أي الإمتناع من جانب آخر من اللجوء للمحاكم القضائية . لكن يبقى السؤال مطروحا فيما يخص المواضيع التي يمكن أن تكون محلا للتحكيم ؟ .

ـ قابلية المواضيع للتحكيم : تنص المادة : 442 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري إلى أنه " يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها .

و لا يجوز التحكيم في الإلتزام بالنفقة و لا في حقوق الإرث و الحقوق المتعلقة بالمسكن و الملبس و لا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم " .

و نفس المادة أعيد النص عليها في أحكام تعديل ق إ م في المادة . 1 من المرسوم التشريعي . حيث جاءت بقاعدة عامة تنص على نطاق واسع بموضوعات التحكيم حيث يشمل " كل الحقوق التي له مطلق التصرف فيها " و جاءت القاعدة التي تستثني بعض الموضوعات و هي الحقوق المتعلقة بالمسكن و الملبس و المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم " .

و يبقى التحفظ بالنظام العام الدولي في موضوع القابلية للتحكيم " Arbitabilité " و يمكن تفسيره بطريقة واسعة لسببين :

1 ـ المبرر الأول مستمد من المادة 458 مكرر 23 التي تقر بأن القاضي الجزائري يمكن أن يرفض إعتماد و تنفيذ القرار التحكيمي إذا كان الإعتراف و التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي . فهنا القاضي الوطني أمام فكرة واسعة و هي أكثر حرية من التي تكرسها إتفاقية نيويورك لـ 10 جوان 1958 التي تنص المادة 5 فقرة هـ / 2 " أن إعتماد القرار أو تنفيذه قد يخالف النظام العام في هذا البلد ... " مما يجعل قبول القاضي لتحكيمية المواضيع مجاله واسع على قدر الإمكان (1)

2 ـ نستشهد بالمبرر الثاني المأخوذ من المادة 2 من المرسوم التشريعي رقم 93 ـ 09 الذي يسمح لكل شخص و للدولة و الأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام من اللجوء إلى التحكيم . هذه المادة تمنح ضمنيا مدى أوسع لفكرة التحكيمية كما تسمح بتجاوز التمييز التقليدي بين " Actes jure gestionis et actes jure imperi " (2)

---

1 ـ بجاوي محمد و علي مبروكين المرجع السابق ص 878

2 ـ نفس المرجع ص 878 .

جـ / السبب : هو القصد الذي يلتزم في سبيله طرف نحو طرف آخر " و كل إلتزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك ". المادة 98 من القانون المدني الجزائري .
يحدد قانون العقد فكرة السبب و يميزه عن الباعث (1) و العيوب التي يمكن أن تلحقه (2) .
و لقد نص القانون المدني الجزائري في مادته 97 أنه " إذا إلتزام المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب العامة كان العقد باطلا " . إلا أن عدم مشروعية سبب إتفاق التحكيم نسبية لأن فكرة التحكيم ذاتها سببها تفاذي القضاء الوطني و القوانين الوطنية و في بعض الحالات النظام العام و الآداب العامة و من ثمة يعتبر سبب الإلتزام باللجوء إلى التحكيم سببا غير مشروع . إلا أنني أظن أن مراقبة القاضي الوطني لركن السبب تبقى محصورة في مراقبة إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق في إتفاق التحكيم إذا لم تكن له علاقة بالأطرا ف و بالعقد فهنا يمكن إثارة ركن السبب و فكرة الغش نحو القانون
د / ـ الشكل : بالنسبة للشكل فينظمها القانون المطبق على إتفاق التحكيم ، و المبدأ أنها صحيحة إذا كانت كذلك وفقا لقانون مكان إبرام إتفاق التحكيم و يحيل الإجتهاد القضائي الفرنسي شكل العقود بصفة عامة للقانون الوطني المشترك للأطراف * أو القانون المنظم لموضوع النزاع . (3) القانون الجزائري للتحكيم الدولي جاء بقاعدة مادية بالنسبة لشكل إتفاق التحكيم و تحت طائلة البطلان أن تبرم إتفاقية التحكيم . بموجب عقد كتابي في المادة 458 مكرر1 ق إ م ج .

الفرع الثاني : آثار إتفاق التحكيم .

إن نطاق قانون العقد هو القوة الإلزامية للرابطة التعاقدية و هي التي تحدد حقوق و إلتزامات الأطراف و تطبق بالضرورة في تفسير العقد و هذف الأطراف من العقد ليس إنشاء إلتزامات بل تنفيذها و يمتد قانون العقد ليحكم حتى الأخطاء التي تقع في التنفيذ و كذا على عدم التنفيذ خاصة على العقوبة التي

---

1 ـ الباعث : Mobile " هو الغاية الخاصة التي يفسر بها عمل جائز أو غير جائز " القاموس القانوني مرجع سابق ص 194

2 ـ محند إسعد ، القانون الدولي الخاص ص : 312

* راجع موضوع صحة إتفاق التحكيم من حيث الشكل ص 122

3-- Berthold Goldman, l'arbitrage Commercial international
(Fasc 586 - 1 dr. int 1993. P 20)

يمكن أن يقرها (1) هذا ما تنص عليه الأحكام العامة للعقد و يبقى التفصيل في اتفاق التحكيم باعتباره عقدا .

لإتفاق التحكيم إلتزامين : إلتزام إيجابي و إلتزام سلبي

و يطبق عليه نفس أحكام العقد ، كما أن موضوع إنتقال إنقضاء الإلتزام الذي يرتبه إتفاق التحكيم يدخل في نطاق القانون الذي يحكم هذا الأخير و يتعلق الأمر خاصة بآثار التنازل عن اختصاص المحاكم الوطنية في مواجهة النزاعات التي أسندت للتحكيم (2)

يبقى أن ندرس الآثار الإيجابية ثم السلبية لإتفاق التحكيم .

1 ـ الآثار الإيجابية لإتفاق التحكيم :

يلزم إتفاق التحكيم الأطراف التي أبرمتها بإسناد حل النزاع للمحكمين و تأسيسهم لاختصاص المحكمة التحكيمية

ـ أ / **إلتزام الأطراف بإسناد النزاعات للمحكمين** : و يرتب هذه الإلتزام عدة إلتزامات جزئية منها :

1 ـ مبدأ إلتزام الأطراف بإسناد النزاعات للمحكمين :

إن الإلتزام بإسناد النزاع أو النزاعات المعينة في إتفاق التحكيم على المحكمين ناتجة عن التطبيق المحض لمبدأ القوة الإلزامية للإتفاقيات كما هو معروف بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين

و هو ما يؤكده القانون المدني الجزائري في المادة 106 التي تنص " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ، و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون " . كما أكدته المادة 2 فقرة 1 من إتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي تعتبر جزءا من القانون الجزائري ، بما أنها تمت المصادقة عليها و تقر بأنه : " تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة " الإتفاقية المكتوبة " التي يلتزم فيها الأطراف بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات أو بعضها التي قامت أو يمكن أن تقوم بينها بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية تتضمن قضية من شأنها أن تسوى عن طريق التحكيم . "

2 ـ تنفيذ الإلتزام بإسناد النزاعات المحددة في اتفاق التحكيم للمحكمين يعتبر التنفيذ الجبري لإتفاق التحكيم من طبيعة التحكيم . بحيث أن عدم إلتزام أحد الأطراف بإسناد مهمة التحكيم للمحكم يعطل إجراءات التحكيم و جاءت التشريعات الداخلية بحلول فيما يخص هذا المشكل حيث أن القانون

---

1 ـ محند إسعد ، القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، ص 313

2 -- Immanuel Gaillard, Arbitrage Commercial international J- CL Fasc 586 - 5 Dr. int .1994

الجزائري أخذ بنفس موقف القانون الفرنسي في المادة 458 مكرر2 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري التي تقر بأنه في غياب تعيين المحكم من قبل أحد الأطراف أو في حالة صعوبة تعيين المحكم من قبل أحد الأطراف أو في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو إستبدالهم يجوز للطرف المعنى بالتعجيل أن يقوم بـ :

- رفع الأمر أمام رئيس المحكمة المختصة المحددة في إتفاقية التحكيم .
- أو رفع الأمر أمام رئيس محكمة الجزائر ، إذا كان التحكيم يجري في الخارج و يصدر القاضي أمرا بناءا على مجرد عريضة . إذا وضع المشرع الجزائري ضمان حماية إتفاق التحكيم من تهرب أحد الأطراف من التزاماته بإسناد النزاع للمحكمين و المحددة في اتفاق التحكيم .

و جاء القانون الجزائري بإجرائين وقائيين في حالة عد م تعيين المحكم من قبل أحد الأطراف و هذا لحسن سير التحكيم و إعطاء فعالية أكثر و ضمان لاتفاق التحكيم .

3 ـ أولوية الإلتزام بإسناد النزاعات المحددة في اتفاق التحكيم للمحكمين على امتيازات الحصانة القضائية :

رغم قبول أحد الأطراف باتفاق التحكيم يمكن أن يعارض إجراء التحكيم بعد نشوب النزاع ، بإثارة امتياز قضائي أو حصانة قضائية .

- **أ ـ الإمتياز القضائي :** يمنح القانون الجزائري عدة إمتيازات قضائية حيث تمنح م 10 قانون إجراءات مدنية مقاضاة أجنبي تعاقد معه أمام المحاكم الجزائرية حتى و لو لم يكن مقيما بالجزائر .

كما يمكن أن يقدم بشأن عقود أبرمها في بلد أجنبي مع جزائريين ، و كذلك المادة 11 ق إ م التي تسمح بتقديم كل جزائري للجهات القضائية الجزائرية بشأن إلتزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى و لو كان مع أجنبي . لا يوجد شك في أن الطرف الذي يبرم إتفاق التحكيم يعتبر قد تنازل على هذا الإمتياز القضائي رغم أن هذا التنازل ليس صريحا في اتفاق التحكيم . (1)

- **ب ـ الحصانة القضائية :**

إن المسألة التي تطرح في هذا الموضوع هي معرفة ما إذا كان ممكنا للدولة أو لمؤسسة عمومية تتمتع بالحصانة أن تتمسك بها بعد إبرامها لإتفاق التحكيم و تعارض اللجوء إليه . إن إتفاق التحكيم الذي جاء مناقضا لهذه الحصانة القضائية لا يمكن تفسيره إلا تنازلا من طرف الدولة أو هيئاتها عن حصانتها القضائية .

---

1 -- Immanuel GAILLARD, Arbitrage Commercial international J- CL Dr. int . 1994 P 6.

و هو ما أكده الإجتهاد القضائي الفرنسي في عدة أحكام (1) و كذلك إتفاقية واشنطن لسنة 1965 في مادتها 55 .

ـ ب / ـ إختصاص المحكمة التحكيمية في حل النزاعات المعنية في إتفاق التحكيم .

الأثر الإيجابي الثاني لاتفاق التحكيم هو منح الإختصاص للمحاكم التحكيمية لحل النزاعات التي عينها إتفاق التحكيم ، بدون شك فإن العلاقة الموجودة بين الأطراف و المحكمين هي مصدر حقوق و إلتزامات هاذين الطرفين باتفاق متميز ، و الناتجة عن قبول الأطراف لهذه المهمة . لكن هل تعتبر هذه نتيجة لاتفاق التحكيم ؟ و في علاقات الأطراف فيما بينهم باتفاق التحكيم هو الذي يؤسس إختصاص الأطراف (2).

إن إتفاق التحكيم يمنح للمحكمة التحكيمية سلطة إصدار قرار ليفصل في النزاع الذي أخضعه الأطراف إليها و الذي يفرض عليها و يكون القرار حائز لقوة الشيئ المقضي به و يمكن أن يكون نافذا بعد أن يمهره القاضي التنفيذي بالصيغة التنفيذية ، فيما يخص إختصاص المحكمة التحكيمية في النظر في اختصاصها فتنص عليه المادة 458 مكرر 7 بما يلي " تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها و يجب إثارة الدفع بعدم الإختصاص قبل أي دفاع يتعلق بالموضوع (3)

2 ـ الآثار السلبية لاتفاق التحكيم :

إن إلتزام الأطراف بإسناد النزاع إلى المحكمين كأثر من أثار إبرامهم لاتفاق التحكيم يقابله أثر سلبي يقضي بمنع القضاء الداخلي من الفصل في النزاعات التي هي موضوع الإتفاق إذا سأتناول بالدراسة مبدأ عدم إختصاص القضاء الداخلي أولا ثم نظامه ثانيا و حدود عدم إختصاص القضاء أخيرا

1 ـ مبدأ عدم إختصاص القضاء العادي :

لقد تم تأكيد مبدأ عدم إختصاص القضاء الداخلي في النزاعات المعروضة للتحكيم سواء من قبل الإتفاقيات الدولية خاصة تلك التي صادقت عليها الجزائر و كذا من قبل التشريع الداخلي .

فسأقتصر بدراسة موقف إتفاقية نيويورك باعتبار أنها تمثل جزءا من القانون الدولي الجزائري للتحكيم، فهي تقر في المادة 2 فقرة 2 على أنه " تقوم أية دولة متعاقدة يرفع إليها النزاع بشأن قضية أبرم الأطراف بخصوصها إتفاقية حسب مفهوم هذه المادة بإحالة الأطراف على التحكيم بناءا على طلب أحد الأطراف و تقول الأستاذة سامية راشد أن هذا النص يعد أهم منجزات إتفاقية نيويورك لأنه فرض

---

1 ـ إمانويل جيار نفس المرجع ص 7.

2 ـ إمانويل جيارد المرجع السابق ص 8 .

3 ـ راجع موضوع إختصاص الإختصاص ص .

حضرا قاطعا يلزم محاكم الدول بالإمتناع عن سماع الدعاوى التي ترفع أمامها .
و وضع حد للآثار السلبية التي تترتب عن اللجوء ، لمثل هذا الأسلوب الذي يهدد مستقبل التحكيم (1)
إلا أن بروتوكول جنيف سنة 1923 و إتفاقية جنيف لسنة 1961 تتحفظ نصوصها فيما يخص مراقبة وجود و صحة إتفاق التحكيم و التي يجب أن يقوم بها القضاء الداخلي (2) لقد كرّس المشرع الجزائري مبدأ عدم إختصاص القضاء الداخلي ، شأنه شأن العديد من التشريعات الأجنبية و نصت المادة 458 مكرر 8 فقرة 2 " ... يكون القاضي غير مختص للفصل في الموضوع متى كانت دعوى التحكيم معلقة ".

و هو ما نصت عليه عدة قوانين منها القانون الدولي الخاص السويسري في المادة 7 و قانون الإجراءات الإرلاندي المادة 1022 و القانون التونسي للتحكيم المادة 52 و أخيرا القانون الألماني (ZPO) 1027 (3) ، إن منح القضاء إمكانية النظر في القضية التي هي محل إتفاق تحكيم سيقضي على فعالية شرط التحكيم ، و لهذا السبب أكدت القوانين المقارنة على مبدأ عدم اختصاص القضاء العادي .

كما إن تأكيد الإتفاقيات الدولية أو التشريعات الداخلية الخاصة باتفاق التحكيم لمبدأ عدم إختصاص القضاء الداخلي ، لإعطاء ضمانات أكثر و فعالية أكبر لاتفاق التحكيم ، و للحد من أي تفسير أو تأويل لاتفاق التحكيم و منح صلاحية واسعة للمحكمين .

2 ـ نظام مبدأ عدم إختصاص القضاء العادي :

يمكن الإشارة في هذا الصدد إلى عنصرين أساسيين لنظام مبدأ عدم إختصاص القضاء العادي و هما :

أ ـ عدم إمكانية الإثارة التلقائية لعدم الإختصاص : إذا كان التحكيم يقوم أساسا على إرادة الأطراف في حل النزاعات بهذه الطريقة الخاصة فإنه يمكن لهم التنازل عليه باتفاق مشترك للجوء إلى القضاء العادي صراحة أو ضمنيا . لهذا السبب لا يمكن للقاضي المكلف بالفصل في نزاع أبرم إتفاق تحكيم بشأنه إثارة عدم إختصاصه تلقائيا (4) فإذا تنازل المدعي من الإستفادة باتفاق التحكيم و قبل المدعى عليه إختصاص القضاء فمثل هذا الإتفاق يفرض على القاضي ، إن هذا الحل أخذت به الإتفاقيات

---

1 ـ سامية راشد، المرجع السابق ص 434 .
2 ـ إمانويل جيار ، المرجع السابق ص 11 .
3 ـ نفس المرجع ص 12 .
4 ـ إمانويل جيارد ، المرجع السابق ص 12 .

الدولية بصفة عامة بروتوكول جنيف 1923 في المادة 4 ، و هو ما أكدته إتفاقية نيويورك في المادة 2 فقرة 03 بما يلي " ... بإحالة (القضاء العادي الذي رفع إليه النزاع) الأطراف على التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف " أوجبت إتفاقية نيويورك على الجهة القضائية التي رفع إليها النزاع إحالة الأطراف على التحكيم لكن بناء على طلب أحد الأطراف أي أن الجهة القضائية و القاضي لا يمكن لهما الدفع بعدم الإختصاص إلا بناءا على طلب أحد أطراف النزاع .

و يمكن أن نجد تفسيرا لمثل هذه القاعدة أو هذا المبدأ إذا أخذنا بالتفسير الضيق لاتفاق التحكيم باعتباره قضاء إستثنائي يستمد فيه المحكم سلطته في الفصل من إرادة الأطراف وهذه الإرادة وحدها هي التي تحدد في أن يكرس إختيارها أو أن تعدل عنه وتلجأ إلى القضاء العادي و تستغني على هذا القضاء الإستثنائي .

و لما كان الأصل هو عرض النزاع على المحاكم التي تنظمها الدولة و تشرف عليها ، فإن التحكيم يعتبر إستثناء من هذا الأصل و خروجا على طرق التقاضي العادية ، و من ثمة وجب أن يفسر إتفاق التحكيم تفسيرا ضيقا ، و يقتصر على ما أنصرفت إرادة الأطراف إلى عرضه (1) و من ثمة أكدت الإتفاقيات الدولية و كذا بعض التشريعات على أن مبدأ عدم الإختصاص ليس تلقائيا .

3 ـ المرحلة التي يتدخل القضاء فيها لتقدير وجود و صحة إتفاق التحكيم :

من آثار مبدأ إختصاص الإختصاص (2) أن أي نزاع يخص وجود و صحة إتفاق التحكيم لا يمنع المحاكم التحكيمية من متابعة مهمتها في الفصل في إختصاصها وفي حالة تأكيد إختصاصها تستمر في الفصل في الموضوع ، دون إنتظار دعوي إلغاء محتملة أمام القضاء العادي تنحصر في مراقبة هذا الإختصاص في حالة نزاع يخص تنفيذ و إلغاء القرار التحكيمي و هو ما تؤكده المادة 458 مكرر 7 . من قانون الإجراءات المدنية الجزائري بما يلي " تفصل محكمة التحكيم في الإختصاص الخاص بها " فهذه المادة لا تترك مجالا للقضاء العادي في النظر في مدى وجود و صحة إتفاق التحكيم و مدى إختصاص المحكمين في النظر في النزاع.

---

1 ـ أحمد عبد الفتاح التحكيم في عقود التجارة الدولية ، مجلة قضايا الحكومة السنة العاشرة . العدد الرابع 1966 ص 19.

2 ـ راجع موضوع إختصاص الإختصاص . ص :

4 ـ حدود عدم إختصاص القضاء العادي :

إن مبدأ عدم الإختصاص لا يعرف حدودا حقيقية إلا في الفرضية التي يكون فيها بطلان إتفاق التحكيم أكيدا . مما يجعل تأسيس المحكمة التحكيمية مستحيلا . و من ثمة يجبر الأطراف على الإختصاص القضائي العادي ليفصل في الموضوع . و يصبح إختصاصه جائزا عندما يثبت لديه أن إتفاق التحكيم باطلا في ذاته أويستحيل إعمال أثره أو أنه غير قابل للتطبيق ، و تستطرد الأستاذة سامية راشد أن الأصل هو وجود قرينة على كون إتفاق التحكيم صحيحا و منتجا لأثاره ، و على من يدعي خلاف ذلك الأصل أن يقيم الدليل على إدعائه (1) و على العكس من ذلك في حالة ما إذا أمكن وضع المحكمة التحكيمية و احترمت إرادة الأطراف فهنا القضاء العادي لا يتخل إلا بصفة ثانوية بهدف حسن سير التحكيم ، مثلا في تعيين المحكمين المادة 458 مكرر 2 فقرة 2 و ما يليها ، و كذلك المواد 458 مكرر 9 و 11 فيما يخص القضاء العادي في الإجراءات التحفظية و الوقتية . كما يتدخل القضاء العادي في مراقبة و إعتماد و تنفيذ القرار التحكيمي و تنظمها المواد 458 مكرر 17 و ما يليها ، نشير أخيرابأن المادة 458 مكرر 8 تشير على عدم إختصاص القاضي للفصل في الموضوع متى رفع أحد الأطراف دعوى أمام المحكم أو المحكمين المعنيين في إتفاقية التحكيم و إذا باشر أحد الأطراف إجراء تأسيس محكمة التحكيم في حالة غياب التعيين فهل يعني هذاأنه بمفهوم المخالفة يكون القاضي مختص للفصل في الموضوع في حالة إنعدام رفع مثل هذه الدعوىأو عدم قيام أطراف الإتفاقية بأي إجراء للتحكيم ؟

---

1 ـ سامية راشد ، المرجع السابق ص 463 .

خلاصة

إن من أهم المبادئ التي تحكم إتفاق التحكيم هو مبدأ الإستقلالية الذي يستمد أساسه من طبيعة التحكيم عموما و من طبيعة إتفاق التحكيم الدولي على الخصوص . إن مصدر مبدأ الإستقلالية هو القضاء الفرنسي و هو يخص التحكيم الدولي دون غيره و لأهمية المبدأ عرف تطبيقا واسعا للقضاء الذي أقر بأنه في مجال التحكيم الدولي إتفاق التحكيم سواء أبرم منفصلا أو أدرج في التصرف القانوني الذي يتعلق به يكون له دائما إستقلالية قانونية تامة تحول دون إمكانية تأثره باحتمال عدم صحة أو بطلان هذا التصرف . و لم يتردد المشرع الجزائري في تكريس هذا المبدأ في تعديل قانون الإجراءات المدنية خاصة و أنه أصبح يحمل صفة التحرر و هو ما تؤكده المادة 458 مكرر 1 فقرة 4 .

و السؤال الذي يبقى مطروحا حول هذا الموقف ، هل الجزائر و بعد تشددها إتجاه التحكيم الدولي أصبحت لا تأبه كثيرا بحماية مصالحها كدولة في طريق النمو ولا تحافظ على قواعدها الآمرة التي من شأنها أن تتحفض في مثل هذه القاعدة بما يسمى بمصالحها و نظامها العام ؟ .

لم ينص القانون الجزائري للإجراءات المدنية القديم على القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم الدولي . وفي غياب نصوص خاصة بالتحكيم الدولي نعود إلى الأحكام العامة التي يمكن تطبيقها لحل إشكالية القانون الواجب التطبيق على إتفاقات التحكيم المبرمة في ظل القانون القديم .

إلى أن جاء تعديل قانون الإجراءات المدنيةليساير تطور الأحكام الخاصة في التحكيم الدولي فالمادة 458 مكرر 1 تقر ذلك فمن حيث الشكل جاءت بقاعدة موضوعية توجب أن يبرم إتفاق التحكيم بموجب عقد كتابي أما من حيث الموضوع فأخذ المشرع الجزائري بالإتجاه الذي أخذ به القانون السويسري و الذي يوافق بين قواعد التنازع و القواعد المادية في المادة 458 مكرر 3 من ق إ م ج . التي تنص على أنه " تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا إستجابت للشروط التي يضعها : إما القانون الذي إتفقت الأطراف على إختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع لا سيما القانون المطبق على العقد الأساسي . و إما القانون الجزائري " . و جاءت هذه القاعدة مسايرة لتطور الفكر القانوني في إتخاذ موقف موفق بين القواعد المادية و قواعد التنازع و هو الأمر الذي أخذه القانون الجزائري عن القانون السويسري.

خاتمة .

رغم التحفظات التي أبدتها الجزائر ، و معارضتها لنظام التحكيم الدولي ، و بعد التردد الكبير الذي طبع القانون الجزائري في مختلف مراحله و بسبب التحولات الكبرى في القانون الإقتصادي الجزائري تغير موقف الجزائر من التحكيم لما للتحكيم التجاري الدولي من أهمية كبيرة في حل المنازعات التجارية الدولية فلقد تقلص اللجوء إلى القضاء العادي لصالح التحكيم الدولي لما يمنحه من مزايا . و لم يقتصر هذا الإهتمام في الدول المتطورة فحسب و إنما شمل حتى دول العالم الثالث منها الجزائر عن إقتناع أو عن غير إقتناع .

لقد عرف التحكيم تطورا كبيرا في مفهومه وفي نظامه القانوني و أصبح مجتمع التجارة الدولية يتجه إلى وضع نظام حقيقي لحل المنازعات الخاصة بهم. و عرف إتفاق التحكيم نفس المصير باعتباره الحجر الأساسي للجوء لهذا النظام . و بعد دراستنا لطبيعته القانونية خلصنا إلى أنه عقدا حقيقيا قائما بذاته و مرتبطا بالعقد الأصلي إلا أنه مستقلا تماما عنه بما أنه يحمل عناصر تكوينه ، و هي شروط العقد الثلاثة الرضا و المحل و السبب و يمكن تصنيفه إلى أنه عقد شكلي من حيث التكوين و ملزم للطرفين من حيث طبيعته و آثاره و هو عقد فوري من حيث تنفيده و هو عقد تبعي لأنه مرتبط بعقد أصلي كما بينت و لذا يمكن تسميته " بعقد التحكيم " و هي الصفة التي تجعله عقدا قائما بذاته مستقلا عن العقد الأصلي .

كما خلصنا إلى أن القانون الدولي للتحكيم في الجزائر مر بعدة مراحل يمكن تمييزها في مرحلتين هامتين مرحلة المعارضة و فيها إتخذت الجزائر موقفا متحفظا في مواجهة التحكيم الدولي ، ثم مرحلة الإنفتاح التي يميزها الإتجاه الليبرالي للقانون الجزائري و منه لجوءه للتحكيم وبعد دراستنا للتطورات التي مر بها القانون الجزائري محاولين معرفة تطور فلسفة التحكيم في القانون الجزائري ، و لمعرفة الأسس القانونية لوجود اتفاق التحكيم في أغلب العقود الدولية – لاحظنا بأن القانون الجزائري لم يستقر على موقف محدد في مواجهة التحكيم ففي مرحلة معينة حاول تنظيم التحكيم فيما يخص المحروقات باتفاق خاص و تحت رقابة جزائرية ، و بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الذي جاء بباب خاص بالتحكيم الداخلي الذي لم يكن محل تطبيق من قبل المؤسسات الجزائرية جاء بالمادة الشهيرة 442 فقرة 3 التي تمنع الأشخاص الإعتباريين العموميين من اللجوء إلى للتحكيم بغض النظر عن تفسير هذه المادة فكانت محل انتهاك باعتبارها قاعدة نظام عام من قبل الكثير من العقود الدولية التي أبرمت في تلك المرحلة مما يطرح التناقض بين الموقف القانوني الذي أصرت عليه مختلف المراسيم و القوانين التي تمس التجارة الدولية و التطبيق من جهة أخرى سواء في العقود الدولية التي أبرمتها الجزائر أو حتى الإتفاقيات التي كانت تنص على إجراء التحكيم التأسيسي .

إذا نلاحظ إزدواجية في الموقف الجزائري بين القانون الداخلي الصارم في معارضة للتحكيم و القانون الإتفاقي و الممارسة الدولية التي تتصف بالمرونة و لا نجد تفسيرا . لهذا الموقف إلا أن الجزائر كانت صارمة فيما يتعلق بسيادتها المطلقة التي تقتضي فرض سلطة الدولة واختصاصها على المعاملات التي تجري داخل الوطن و تخضع في كل عناصرها أوفي أغلبها للقوانين الجزائرية و القضاء الجزائري ، و مرونة فيما يخص العلاقات ذات عناصر أجنبية ، ومن جهة أخرى لتكسب ثقة أكبر للطرف الأجنبي .

كما نلاحظ أنه حتى بعد انفتاحها على التحكيم إتسم الموقف الجزائري بالغموض و عدم التناسق . و الغلو في بعض الأحكام ، مثلا الإتفاق الجزائري الفرنسي الذي لم يكن محل مصادقة ولا نشر في الجريدة الرسمية مما يثير عدة صعوبات في تطبيقه و في مدى فعالية هذا الإتفاق .

كما نلاحظ أنه أبرمت كذلك عدة اتفاقيات ثنائية خلال سنة 1991 تحيل النزاعات إلى المركز الدولي لتسوية النزاعات في حين أن الإتفاقية المنشأة للمركز لم تكن محل مصادقة من قبل الجزائرإلافي نهاية سنة 1995 مما يجعل القانون الجزائري يتصف بعدم التناسق و كان من المفروض الإنضمام لهذه الإتفاقية في نفس الفترة التي تنظم الجزائر فيها لهذه الإتفاقيات و نفس الملاحظة يمكن إبداءها بالنسبة لقانون 88 ـ 01 الذي يعرض إمكانية اللجوء إلى التحكيم لكن إستعمل مصطلح المصالحة . مما يثير غموض في مدى أهلية المؤسسة العمومية الإقتصادية من اللجوء إلى التحكيم عن طريق اتفاق التحكيم / و يمكن الإستنتاج بأن الجزائر كان مفروضا عليها تغيير نظامها القانوني بنفس السرعة التي يتم فيها توجهها الإقتصادي الجديد الذي لم يكن له متسعا من الزمان ليتكرس ، و تغيير موقف قانوني صارم أشد الصرامة إلى موقف أكثر مرونة كان يتطلب الوقت و الإستعداد على المستوى النظري و التطبيقي و هو ما لم يتحقق مع الأسف في الجزائر نتيجة لظروف كثيرة .

إن معارضة الجزائر للتحكيم الدولي لم يمنعها للجوء لهذا النظام من خلال النص على إتفاق التحكيم في عقودها الدولية و طرحت بالتالي إشكالية التناقض بين هذا الشرط و المادة 442 فقرة 3 ق إ م التي تحظر اللجوء إلى التحكيم على الدولة و الأشخاص العامة . وما مدى صحة هذا الإتفاق الذي يمنع على الدولة و الأشخاص العمومية و حتى الإقتصادية منها اللجوء إلى التحكيم: هو التفسير الواسع.

أما التفسير الضيق لهذه المادة فيدخل في مجالها الدولة و الأشخاص العمومية الإدارية فقط دون الأشخاص العمومية الإقتصادية التي تخضع للقانون الخاص . و نجد لهذا التفسير مبرراته في مقتضيات التجارة الدولية . كما نشير أنه لا يمكن إعطاء حل ثابت لصحة شرط التحكيم المبرم في العقود الجزائرية الدولية لأن القانون الجزائري مر على عدة تطورات وفي ميادين عدة و بالتالي يجب

النظر لهذه الصحة في مرحلة معينة و في موضوع معين . مثلا بالنسبة لمجال المحروقات و المناجم كانت لها أحكام خاصة و بالنسبة للمؤسسات العمومية الإقتصادية مرت على عدة أنظمة قانونية إلى غيرها ، و كذلك الشأن بالنسبة للإتفاقيات الدولية و هو ما تناولناه في تطور النظام الجزائري .

إن مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم من أهم المبادئ التي تحكم إتفاق التحكيم و هو يستمد أساسه كما أرى من طبيعته القانونية ، و مصدر هذا المبدأ القضاء الفرنسي و عرف تطبيقا واسعا من قبل القضاة و الإجتهاد التحكيمي و تكريسا من قبل الإتفاقيات و الأنظمة التحكيمية الدولية ، كما أن لمبدأ الإستقلالية آثارا خطيرة لأن هذه الإستقلالية لا تكون على مصير العقد و القانون المطبق عليه فحسب بل تمتد إلى إستقلاليته عن أي قانون وطني و إلى إقرار مبدأ صحة إتفاق التحكيم . ولم يتردد المشرع الجزائري في تكريس مبدأ الإستقلالية في المادة 458 مكرر1 فقرة 4 هذا الموقف الجزائري الغريب إما أن يصدر قواعد آمرة تمنع اللجوء إلى التحكيم و إما أن يصدر قواعد تكرس القواعد الليبرالية بالمفهوم الغربي . ولقد تمنيت لو أخذ المشرع الجزائري بالموقف الذي أخذته محكمة النقض الفرنسية في قضية Dalico السابقة الذكر حيث تحفظت على القواعد الآمرة الداخلية و النظام العام الدولي .

حتى تستطيع الجزائر كدولة في طريق النمو و لها أنظمة و تقاليد تجارية و مصالح تختلف عن مصالح الأطراف الأجنبية من حمايتها و التحفظ على قواعدها الآمرة و نظامها العام .

بالنسبة لصحة إتفاق التحكيم فتنص المادة 458 مكرر1 على القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم و لقد سايرت بهذه القاعدة الإتجاه الحديث في تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم و هو ما أقره المشرع السويسري الذي يعتبر حسب علمنا الرائد في إقرار هذه القاعدة التي تجمع بين قاعدة مادية و هي إقرار صحة إتفاق التحكيم و قاعدة تنازع ، و نفس الملاحظة فيبقى المحكم و القاضي حران في إختيار القانون الذي هو في صالح إقرار صحة إتفاق التحكيم دون أي تحفظات حتى و لو كان مخالفا للنظام العام الجزائري و القواعد الآمرة .

في الأخير نلاحظ بأن القانون الجزائري يمثل نموذجا للقوانين التي تفتحت للتحكيم الدولي بعدما كانت متحفظة و بعد التناقضات التي كان يتصف بها القانون القديم مع التطبيق إلى أن جاء المشرع الجزائري بقانون دولي للتحكيم بمفاهيمه المعاصرة . و تمنينا لو حاول المشرع إيجاد صيغة يساير بها الإتجاهات الحديثة في التحكيم بأقل ضرر فيما يخص المصالح الوطنية القواعد الآمرة و النظام العام الوطني .

- تم بعون الله -

قائمة المراجع المعتمد عليها في إعداد الرسالة

المراجع العامة :

باللغة العربية

رضوان أبو زيد :

1 ـ الأسس العامة للتحكيم ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1981

محمد بجاوي :

2 ـ من أجل نظام إقتصادي دولي جديد ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 1988

حمزة حداد :

3 ـ قانون التجارة الدولي ، الدار المتحدة للنشر ، بيروت ، 1980

محمد حسنين :

4 ـ الوجيز في نظرية الإلتزام ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1983

ممدوح حقي :

5 ـ قاموس المصطلحات الحقوقية و التجارية ، مكتبة لبنان ، لبنان ، 1972

سامية راشد :

6 ـ التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، منشأة المعارف ، القاهرة ، 1984

عمر إسماعيل سعد الله :

7 ـ حق تقرير المصير الإقتصادي للشعوب ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1986

أحمد عبد الكريم سلامة

8 ـ نظرية العقد الدولي الطليق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1989

عبد الرزاق السنهوري :

9 ـ الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1952

علي علي سليمان :

10 ـ مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية،الطبعة الرابعة ، الجزائر ، 1993

سليمان مرقس :

11 ـ الوافي في شرح القانون المدني ، مطبعة السلام ، شبرا ، 1987

العربي منور :

12 ـ مبدأ السيادة على الثروات الطبيعية في إطار الأمم المتحدة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1988

المراجع باللغة الفرنسية

Majid Benchikh :
13 -- Lesinstruments Juridique de La politique Algerienne de hydrocarbure, LGDJ, paris, 1973

René Davide :
14 -- Arbitrage dans Le commerce intenational , économica, paris 1982

ABDELHMID eL - Ahdeb :
15 -- L'arbitrage dans Les pays arabes, économica, Paris,1988

G. Gaston
16 -- Prècis de L'arbitrage commercial , traité Pratique sur la clause compromissoire et Les chambres arbitrales, Librairi Dalloz, Paris, 1964

GabrieL. Gurey:
17 -- Droit des aFFaires , DUNOD , Paris . 1991

Ch Jarrasson :
18 -- La Notion d'arbitrage , LGDJ, paris 1987

Antoin Kassis :
19 -- Thèorie gènerale desUsagesde Commerce , Paris , LGDJ, 1984

Robert Martin :
20 -- Arbitrage Commercial international , (Preface UIA) Dalloz, Paris,1986

Naima Mostapha Borsali :
21 -- Institutions internationales , OPU, Alger 1985

JOEL. Rideau :
22 -- L'rbitrage (Public et Commecial) Librairie amonde Colin, Paris , 1970

الرسائل الجامعية :

باللغة العربية :

نور الدين بن الشيخ :

23 ـ شرط التحكيم في العقود الإقتصادية الدولية ، رسالة ماجستير جامعة الجزائر ، 1986

عمر بلمامي :

24 ـ نظرية التكييف في القانون الدولي الخاص،رسالة دكتوراه جامعة الجزائر ، معهد الحقوق،سنة 1992 - 1993

زروتي الطيب :

25 ـ النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري و المقارن،رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، 1991

باللغة الفرنسية

ALI Benchneb :
26 -- mécanismes Juridique des relations Commerciales international de L'Algerie, OPU , Alger , 1984

Mohamed AbdeL Waheb Bekhechi :
27 -- La Constitution Algerienne de 1976 et Le droit international , OPU , Alger , 1989

Belkacem Bouzana :
28 -- Le Contentieux de hydrocarbures entre L'ALgerie. et Les sociètés étrangers , OPU, ALger, 1985

Ph . Fouchard :
29 -- Arbitrage Commecial international . Dalloz . Paris 1965

2 ـ المحاضرات و المقالات و التعاليق

باللغة العربية :

أحمد عبد الفتاح :

30 ـ التحكيم في عقود التجارة الدولية ، مجلة إدارة قضايا الحكومة،السنة العاشرة ، العدد الرابع ، 1966 .

مبروكين علي :

31 ـ محاضرات في التحكيم التجاري . ألقيت بمعهد الحقوق جامعة الجزائر 1993 . (غير مطبوعة)

باللغة الفرنسية

Mohamed Bedjaoui :

32 -- L'évolution des Conceptions et de La Pratique Algerienne en matière d'arbitrage, Actes du CoLLoque de La chambre national de Commerce, Alger 14 - 15 decembre 1992

Mohamed Béjaoui et Ali Mebrokine:

33 -- Le nouveau droit de L'arbitrage international en Algerie R. Arb. 1994

M. Bekhichi:

34 -- L'arbitrage CommerciaL international, en droit Algerien, R D I D C - 1994

Ch. Carbier

35 -- L'évolution de l'arbitrage commercial international RC. ADI Lahay, 1960

Yves Derains:

36 -- Clauses et Procedure d'arbitrage international dans Les Pays arabes, CoLLoque euro- arabe sur L'arbitrage 1982.

37 -- Les tendences de La jurisprudence arbitrale,J D I,1993.

Ph. Fouchard :

38 -- L'arbitrage commercial international, J - CL dr. int, Fasc 585 - 1 1989

39 -- Les travaux de La CNUDCI et Le règlement d'arbitrage,Clunet,1979, P 83

Francescakis:

40 -- Le principe JurisprudentieL de L'autonomie de La Clause Compromissoire,L'arrét « HECHET » Rev. Arb 1974

Emmanuel GAILLARD :

41 -- L'arbitrage commercial international J - CL dr. int Fasc 586 - 1 1994

42 -- L'arbitrage CommerciaL internationaL J- CL dr. int. Fasc 586 - 5 1994

43 -- L'arbitrage commercial international J - CL dr. int Fasc 586 - 4 1994

Berthold Goldman :
44 -- Arbitrage comme rcial international J - CL dr. int Fasc 586 - 1 1989

45 -- Les probLèmes spècifique de L'arbitrage internationaL Rev. Arb 1980

Mohand Isaad :
46 -- Le décrét Législatif Algérien du 23 Avril 1993 Relatif à l'arbitrage international, Rev. Arb 1993

47 -- Le nouveau droit Algerien de L'arbitrage internationaL, Siminaire. de La chambre nationaL du Commerce Alger 14 - 16 Des. 1992

48 -- Deux Convention BiLatéraLes pour La protction des investissements, R. A. S. J. E. P. 1991

P. Lagard :
49 -- Le nouveau droit international privé des contrats aprés l'entrés en viguere de la convention de rome de 19 juin 1980 Rev. Crit. 1991.

Ali Mebroukine :
50 -- Le règlement d'arbitrage Algéro - Français du 27 mars 1983 Rev. Arb 1986

A. LARABA :
51 -- Chronique de droit conventionnel Algérien (1989 - 1994), IDARA, 1994

Yvon Loussovarn :
52 -- Cours Général de droit international privé RCADI 1973

B. OPETIT :
53 -- note . clunet 1972

Jean - François poudret :
54 -- L'extention de la clause d'arbitage approches Française et suisse. JDI 1995

Jean Paulson :
55 -- Le tier monde dans l'arbitrage Commercial international Rev. Arb. 1983

Geoge Peyrard :
56 -- La Solution de Conflits de loi en Algérie, Rev. Crit, 1977.

Partrick. Raumbaud :
57 -- Arbitrage Pètrolier, La sentence Liamco,AFDI, 1980

François. Rigaux :
58 -- Des Dieux et des héros, Rev, Crit, 1978.

Christience l'écuryer - theiff ru:
59 -- L'évolution de cadre Législative de l'arbitrage Commercial international dans les années 1980 Rev. Arb 1994

Gaudmet - Tallon :
60 -- not e sur C.A Paris 26 mars 1991 Dalico R.. Arb 1991.

Brigitte Sterne :
61 -- trois Arbitrages un même problème trois solutions , Rev. Arb, 1980

Nourddine Terki :
62 -- Normes nouvelle du droit international et pratique national, l'éxemple Algérien, Table rande Franco-magrhribine, Aixe provence,7 et 8 Octobre,1982

63 -- L'arbitrage international et l'entreprise public économique en Algerie, Rev. Arb 1990

64 -- La loi de 1986 et l'encouragement des investissements étrangers dans le domaine des hydrocarbures. RA. SJE P , 1987

65 -- Cahiers Juridique et fiscaux de l'xportation. 1993 n° 15.

القوانين و المراسيم

66 ـ المرسوم التشريعي رقم 93 - 09 الصادر في 25 أفريل 1993 يعدل و يتمم قانون الإجراءات المدنية .

67 ـ قانون 88 - 01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 ، يتضمن: القانون التوجيهي للمؤسسات

68 ـ المرسوم الرئاسي رقم 91 - 345 المؤرخ في 15 أكتوبر 1991 ، المتعلقة بتشجيع و حماية الإستثمار

69 ـ المرسوم رقم 91 - 346 المؤرخ في 5 أكتوبر 1991 ، المتضمن الإتفاقية الجزائرية الإيطالية

70 ـ المرسوم الرئاسي رقم 94 - 181 يتضمن إتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول الإتحاد المغاربي

71 ـ قانون 91 ـ 21 المؤرخ في 4 ديسمبر 1991 المتضمن القانون المتعلق بأنشطة التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها ونقلها بالأنابيب

72 ـ مرسوم تشريعي رقم 93 - 12 المؤرخ 05 أكتوبر 1993 يتضمن قانون الإستثمار

73 ـ قانون 78 - 02 المؤرخ في 11 فيفري 1978 و المتعلق باحتكار الدولة للتجارة الخارجية

74 ـ المرسوم رقم 82 - 259 الصادر في 07 أوت 1982 يتضمن بروتوكول تعاون بين الجزائر و فرنسا لضمان الإستثمار

75 ـ مرسوم رئاسي رقم 95 - 345 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 ، يتضمن إتفاقية الوكالة الدولية لضمان الإستثمار

76 ـ مرسوم رئاسي رقم 95 - 346 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995 ، يتضمن إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى .

77 ـ قانون الإستثمارات الصادر في 15 ديسمبر 1966

78 ـ الأمر رقم 71 ـ 08 المؤرخ في 24 فيفري 1971 ، و الأمر رقم 71 ـ 10 و 71 ـ 11 و المتضمن التأميمات البترولية .

79 ـ المرسوم رقم 82 ـ 145 المؤرخ في 10 أفريل 1988 يتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي

80 ـ قانون 23 أوت 1982 حول الشركات الإقتصادية المختلطة

81 ـ قانون 86 ـ 13 المؤرخ في 19 أوت 1986 يعدل و يتمم القانون رقم 82-13 و المتعلق بتأسيس الشركات الإقتصادية المختلطة

82 ـ قانون 86 ـ 14 المؤرخ في 19 أوت 1986 يتعلق بأعمال التنقيب و البحث عن المحروقات واستغلالها و نقلها بالأنابيب .

83 ـ المرسوم الرئاسي رقم 94 ـ 01 المؤرخ في 02 جانفي 1994 المتضمن الإتفاقية الجزائرية الفرنسية

84 ـ المرسوم الرئاسيي رقم 94 ـ 328 المؤرخ في 22 أكتوبر 1994 .

85 ـ المرسوم الرئاسي رقم 88 ـ 233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 ، يتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية نيويورك . الخاصة باعتماد و تنفيذ القرارات .

فهرس الرسالة

مقدمة :

الباب الأول : إتفاق التحكيم التجاري الدولي و موقف المشرع الجزائري منه

الباب الثاني : النظام القانوني لاتفاق التحكيم